

Manual de Hermenéutica Jurídica

*Con un Ensayo detallado sobre la Hermeneutica
Jurídica en el proyecto de Código de Derecho Privado*

4ta reimpresión 2024

Javier Tamayo Jaramillo

Temas:

- Escuelas de hermenéutica jurídica
- Necesidad de interpretación lingüística en todos los métodos
- Interpretación como método de conocimiento
- Comprensión o interpretación lingüística del derecho
- Los principios constitucionales e infraconstitucionales en la interpretación jurídica
- Interpretación constitucional
- Constitucionalización del derecho

ED
EDITORIAL DIKÉ

MANUAL DE
HERMENÉUTICA JURÍDICA

*Con un Ensayo detallado sobre la Hermenéutica
Jurídica en el proyecto de Código de Derecho Privado*

ISBN 978-958-731-098-6
ISBN digital 978-628-7647-80-0

© Javier Tamayo Jaramillo - 2024
tamajillo@hotmail.com

© Editorial Diké S.A.S.- 2024
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

**Manual de Hermenéutica Jurídica. 1ra edición impresa en el año 2013 por Biblioteca
Jurídica Diké. 4ta reimpresión en abril del 2024 por Editorial Jurídica Diké.**

**La impresión de esta obra se terminó en los talleres de Xpress Estudio Gráfico
Y Digital S.A.S., Dirección: Carrera 69H No. 77-40 CP: 111061 Bogotá, D.C.
Tel: 602 0808 www.xpress.com.co**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático,
ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por
fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de
cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

JAVIER TAMAYO JARAMILLO

*Profesor de Interpretación constitucional,
Derecho de la Responsabilidad civil y Derecho de seguros
Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia*

MANUAL DE
HERMENÉUTICA JURÍDICA

*Con un Ensayo detallado sobre la Hermenéutica
Jurídica en el proyecto de Código de Derecho Privado*



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Tamayo Jaramillo, Javier

Manual de hermenéutica jurídica : análisis constitucional, legal y jurisprudencial / Javier Tamayo Jaramillo. -- Medellín : Editorial Diké, 2024.

p. 470

“Extracto revisado y actualizado de la obra La Decisión Judicial”. -- Port.

ISBN 978-958-731-098-6 ISBN digital 978-628-7647-80-0

1. Filosofía del derecho 2. Hermenéutica jurídica I. Título

CDD: 340.1 ed. 20

CO-BoBN– a832353

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez

Presidente Honorario del Comité Editorial

*“Al doctor Carlos José Jaramillo Gómez,
ilustre médico, docente, amigo y humanista único,
con todo cariño y agradecimiento”.*

Presentación

Teniendo en cuenta que cursa en la actualidad un proyecto de Código de Derecho Privado, he creído conveniente analizar las normas que, sobre hermenéutica del derecho privado, contiene dicho proyecto. La conveniencia del citado análisis se justifica por el hecho de que la nueva propuesta de legislación introduce como fuente preferencial de interpretación del derecho privado, la aplicación directa de la Constitución. Así las cosas, el derecho de los jueces podrá y deberá fallar los litigios entre particulares aplicando directamente la Carta Política, con lo cual, las normas de derecho privado quedan relegadas por el creacionismo de los jueces.

Por tal motivo, en las primeras páginas pretendo, con este estudio, mostrar las incoherencias y falencias de las normas que sobre hermenéutica del derecho privado contiene el citado proyecto.

Luego de este ensayo se publica en este mismo libro, una nueva reimpresión de la obra original, la cual, en mi concepto, conserva intacta su vigencia.

CAPÍTULO PRELIMINAR
LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN EL PROYECTO
DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Javier Tamayo Jaramillo

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	VII
1. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE PREFERENCIAL DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PRIVADO	VII
2. UN CÓDIGO A LA MEDIDA DEL DERECHO DE LOS JUECES.....	VII
3. LA LUCHA POR EL PODER POLÍTICO ENTRE LOS JUECES Y LAS OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO	VIII
4. A 5 DERECHO DE LOS JUECES DE DERECHA O DE IZQUIERDA, PERO CON UN PARTIDO ÚNICO.....	IX
6. LA NECESIDAD DE UN CÓDIGO PARA APLICAR LA CONSTITUCIÓN A LAS RELACIONES DE DERECHO PRIVADO	XI
7. LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO, A PARTIR DE SUS PROPIAS NORMAS, NO SIGNIFICA APLICAR EL FORMALISMO SEMÁNTICO LITERAL	XI
8. PLAN	XIII

Primera parte

Aplicación directa de la Constitución

9. ANÁLISIS DE LOS TRES PRIMEROS ARTÍCULOS DEL PROYECTO	XIV
---	-----

I.

La constitución sepulta el código que se proyecta

10. ARTÍCULO 2º DEL PROYECTO	XIV
11. ERRÓNEA CONCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO	XIV

II.

La destrucción de los principios de legalidad y de seguridad jurídica

12. ARTÍCULO 3º DEL PROYECTO XVIII
13. CON ESTE ARTÍCULO EL CÓDIGO PROYECTADO SE AUTODESTRUYE XVIII

Segunda Parte

Las normas de interpretación semántica dentro del proyecto de código civil y comercial

14. MÉTODOS INTERPRETATIVOS CONTRADICTORIOS Y EXCLUYENTES..... XXIV
15. EL ARTÍCULO 4º. DEL PROYECTO..... XXV
16. ESTA DISPOSICIÓN CONTRADICE LOS PRIMEROS TRES ARTÍCULOS DEL PROYECTO..... XXV
17. EL ARTÍCULO 4º LE DA PREFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA DE LAS NORMAS XXIX
18. EL ARTÍCULO 5º DEL PROYECTO..... XXXII
19. ESTA DISPOSICIÓN ES PRUEBA DE QUE EL ARTÍCULO 4º, CONSAGRA LA INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA XXXII
20. ARTÍCULO 6º DEL PROYECTO XXXIII
21. CRITERIOS HERMENÉUTICOS PARA COLMAR LAS LAGUNAS DE LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO XXXIII
22. ARTÍCULO 7º DEL PROYECTO XXXV
23. REDACCIÓN DEFICIENTE Y OSCURA XXXV
24. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PARTE DEL INCISO ÚNICO DEL ARTÍCULO .. XXXV
25. PLENITUD HERMÉTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICOXXXVII
26. LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES OBLIGATORIOS XXXVIII
CONCLUSIONES..... XXXIX

DESARROLLO

Introducción

1. **La Constitución como fuente preferencial de interpretación del derecho privado.** No voy a decir si el proyecto de Código Civil y Comercial que el Gobierno puso en discusión entre los académicos del derecho es bueno o es malo desde el punto de vista de su concepción hermenéutica. Eso depende de la ideología política de cada intérprete. A mí me parece que está orientado hacia una determinada ideología política que, apoyada en la Constitución, hace que, si el proyecto se convierte en ley, en el nuevo código pierdan fuerza los principios de legalidad, seguridad, igualdad y coherencia, pilares esenciales de un Estado social de derecho, pero que a los activistas judiciales de todas las tendencias populistas pareciera no preocuparlos.

Por lo demás, me parece que adolece de fallas de técnica legislativa ya que hay normas repetidas o claramente contradictorias; otras, son vagas o confusas, sin que falten errores conceptuales en el lenguaje utilizado. Todo lo cual, explicaré en su momento.

2. **Un código a la medida del derecho de los jueces.** Así las cosas, el proyecto de Código de derecho privado que, en sí mismo, debería contener sus propias fuentes hermenéuticas, lleva consigo, sin embargo, el germen de su propia destrucción. En efecto, como veremos, el proyecto pone en manos de los jueces que mayoritariamente acogen el activismo judicial, la facultad de decidir según su ideología política. Para lograrlo, deben, eso sí, aplicar directamente la Constitución, así sea contrariando las normas legales claras del mismo Código. A esa conclusión se llega fatalmente, pues los principios constitucionales son demasiado abiertos. Por lo tanto, si su interpretación se deja en manos de los jueces, es posible que una misma norma de la Constitución tenga dos o más interpretaciones contrapuestas, dependiendo de la ideología polí-

tica del fallador. Así pues, la apreciación sobre la conveniencia o inconveniencia de los principios hermenéuticos del proyecto de Código de derecho privado depende de si el lector es partidario o no del activismo judicial. Y en caso afirmativo, si su ideología pretende, por medio de sus fallos, un estado de partido único y populista de extrema izquierda o un estado de partido único y populista de extrema derecha.

Los dos populismos judiciales solo tienen en común su idea de aniquilar, poco a poco, el poder legislativo para luego, una vez cumplido su objetivo, depositar el poder judicial en manos de la ideología del partido único reinante, dirigido por un líder que, de hecho, concentra, para sí, todos los poderes, aunque formalmente, se dé la apariencia de que las otras dos ramas del poder son independientes.

- 3. La lucha por el poder político entre los jueces y las otras ramas del poder público.** En ese sentido, el profesor Diego López Medina, que dice defender el Estado social de derecho, en lugar de predicar la división e independencia de las tres ramas del poder público dentro de una sociedad en paz, lo que hace es promover una lucha de los jueces contra el legislador y el ejecutivo por la competencia para elaborar las normas. Y, como si fuera poco, propone que, por medio de esa lucha entre las ramas del poder público, se promueva una lucha de clases. Es decir, concibe la actividad judicial como una forma de lucha por el poder político al estilo marxista. Y eso se logra mediante un activismo judicial que no tiene inconveniente en cambiar el significado de las normas constitucionales, o en dejar de lado las leyes vigentes legítimamente creadas por el Legislador. Eso sí, el autor se cuida al máximo para no utilizar el lenguaje convencional del marxismo, y, para ello acude a un lenguaje jamás utilizado por los autores afines a esa doctrina política.

Según López Medina,

“El análisis anterior también muestra que la puja por el control de las fuentes del derecho (capacidad de crear normas) es una confrontación con contenido político entre las ramas del

poder público y, detrás de dichas ramas, entre formas sociales con maneras alternativas de entender el Estado y la sociedad en la que cada grupo interesado usa sus recursos político-constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema¹(lucha de clases)''.

Eso es querer destruir el Estado social de derecho pues, en este, debe haber armonía y no confrontación entre las ramas del poder, respetándose mutuamente sus competencias constitucionales. Y lo esperable, en un Estado de derecho es que no haya luchas de clases.

- 4. Derecho de los jueces de derecha o de izquierda pero con un partido único.** Pero no se crea que, siempre, *el derecho de los jueces* es una ideología progresista exclusiva del marxismo y de corrientes de extrema izquierda. Por el contrario, de lo que se trata es de imponer cualquier ideología contraria a la división de poderes, al pluralismo partidista, y al principio de legalidad. Es decir, cuando ese sistema de aplicación de las leyes se impone, el Estado desemboca en un sistema político populista y autoritario de partido único, concretamente, aquel que defiende los valores de los jueces del momento. A menudo, el partido populista, ya en el poder, tolera la existencia de partidos minoritarios irrelevantes, para dar la apariencia de un estado pluralista. Es decir, se pierde una verdadera alternancia de partidos en una lucha democrática. .

De otro lado, mediante el derecho de los jueces se puede lograr una protección más o menos amplia de los derechos sociales, es decir, realizar el estado social, pero a costa del estado de derecho. Fue lo que ocurrió en Alemania, a fines del siglo XIX en el imperio de Bismarck. No creamos pues, que el estado social siempre es pluralista y democrático.

Ahora, cuando la ideología defendida por los jueces asciende al poder, el Estado deja de ser pluralista y con división de poderes independientes, se centraliza en un gobernante o en un comité todo poderoso, y los jueces dejan de tener la facultad de cambiar

1 *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Legis, 2006, p. 267 y 268.

las leyes a su antojo, y pasan a ser acólitos del ejecutivo y su equipo gobernante.

Sucedió en Rusia, en Cuba, en la Alemania nazi, en la Italia fascista, en la Venezuela chavista y ahora en Argentina. Pobre del juez que, en ese entorno, decida ser un activista judicial. Solo el estado de derecho, permite la existencia del derecho de los jueces, poniendo en riesgo su existencia misma.

5. Veamos dos ejemplos del derecho de los jueces en los que se favorece con el activismo judicial discrecional, bien sea a un líder de extrema izquierda, bien sea a uno de extrema derecha.

En primer lugar, hace algunos años, era presidente de Bolivia el señor Evo Morales, que ya había gobernado durante dos períodos. Deseosos, Morales y su partido socialista dominante, de que el mandatario gobernara un tercer período, se hallaban, sin embargo, frente un obstáculo insuperable: la Constitución prohibía, en forma expresa, que un presidente gobernara durante tres períodos. Interpuesto un recurso de amparo ante el órgano de control constitucional dominado por el partido de gobierno, la sentencia decidió que, pese al texto de la Carta, Morales sí tenía derecho al tercer período porque, de lo contrario, se violaba el derecho de igualdad de todos los bolivianos a ser candidatos a la presidencia de la República. ¡Para qué alegrar!

Pero miremos hacia el otro extremo:

Aunque parezca mentira, el ascenso del nacionalsocialismo al poder en Alemania se debió al derecho de los jueces. En efecto, un fallo desconoció las normas vigentes y declaró constitucional un decreto del Parlamento alemán que despojaba al Estado federal de Prusia, controlado por la Social Democracia, de todos los poderes que le concedía la Constitución. El fallo decidió que el decreto era constitucional, sin serlo, con lo cual legitimó un Estado de excepción que facilitó el actuar violento de las huestes nazistas contra los comunistas, social demócratas y liberales. La masacre fue infame. Con ese fallo, meses más tarde, de hecho, el nazismo controlaba el espectro político de toda Alemania hasta que, en

1933, Hitler asumió el poder, y la Constitución de Weimar, de corte social demócrata, fue enterrada. Me refiero al asunto *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal*². El abogado defensor del Parlamento federal de Alemania fue Karl Schmitt, ideólogo del nacionalsocialismo. El abogado del Estado de Prusia fue el conocido filósofo social demócrata Herman Heller.

Pongo estos dos ejemplos para probar que el derecho de los jueces no es tan progresista, democrático y pluralista como sus defensores de academia pretenden convencernos. Se trata, repito, de un arma de lucha política populista y antidemocrática que pretende aniquilar el Estado social de derecho.

6. **La necesidad de un código para aplicar la Constitución a las relaciones de derecho privado.** Para evitar ese caos, en los estados de derecho, incluidos los sociales, se admite la necesidad de que la Constitución se aplique mediante leyes o códigos que desarrollen principios constitucionales abiertos, a partir de restricciones y precisiones legales que, respetando la esencia del principio constitucional restringido, brinden seguridad a los individuos de un país³. Desde luego, ello no evita que las normas legales contengan vacíos, incoherencias, vaguedades y contradicciones. Tampoco evita que, eventualmente, una de esas normas legales establezca restricciones excesivas del principio constitucional desarrollado en la ley, en cuyo caso, el juez puede y debe declarar la inconstitucionalidad de esa norma.
7. **La interpretación del código, a partir de sus propias normas, no significa aplicar el formalismo semántico literal.** Ahora, lo que afirmo no significa la defensa del formalismo jurídico literalista a ultranza que, en la actualidad, ya nadie defiende como prin-

2 *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal*, reproducido y comentado por Leticia Vita, Edit. Universidad Externado, Bogotá, 2015.

3 Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 267 s.s., Madrid 2002; Kennedy Duncan, *Libertad y restricciones en la decisión judicial*, ed. Uniandes, Bogotá, 2002; Un estudio de este tema en el derecho comparado puede verse en mi obra, *La decisión judicial*, T. I., ed. Dike, Medellín, 2011, n. 467 s.s.

cipio inexpugnable, pues no hay código o ley que no contenga normas con vaguedades, vacíos contradicciones e incoherencias. Por estas últimas razones, en el código civil colombiano vigente y en el positivismo actual, el juez conserva un cierto margen de creacionismo para resolver los casos difíciles como consecuencia de imperfecciones de ciertas disposiciones. Pero ese creacionismo se ejerce con base en los principios propios del sistema interno del mismo código, y respetando el núcleo duro de la norma o de la institución jurídica en cuestión. Para ello, el Código civil actual consagra, como criterios de interpretación, el texto claro de la norma, su contexto, su teleología, la analogía, la equidad y los principios de derecho natural o constitucional, entre otros. Baste mencionar la forma como la Corte Suprema introdujo, a partir de esos principios, la teoría del abuso del derecho, la de la responsabilidad por actividades peligrosas, la indemnización de los daños morales, entre otras.

Robert Alexy, teórico y defensor de la principalística constitucional dentro de una orientación social demócrata que todos nuestros tribunales constitucionales aprueban en compañía de las teorías valoristas, defiende la necesidad de que las normas constitucionales establezcan, mediante leyes y códigos, restricciones racionales a dichos principios que garanticen los principios de igualdad, seguridad y coherencia de las decisiones.

Veamos el pensamiento del filósofo alemán, al respecto:

“Más seriamente debe ser tomada la objeción según la cual un efecto inmediato en terceros, también del tipo presentado es incompatible con el derecho civil. En una versión más radical reza: un efecto inmediato en terceros vuelve superfluo el derecho civil. En un efecto inmediato en terceros, el juez civil podría solucionar casos de derecho civil recurriendo directamente a normas de derecho fundamental. Sería inexplicable por qué habría de atenerse todavía a las normas de derecho civil.

“Sin embargo, esta objeción no toma en cuenta que, de ninguna manera, los principios iusfundamentales establecen solo

una solución. Existe una enorme variedad de casos de derecho civil en los cuales son posibles más de una solución iusfundamental. En ellos, las normas del derecho civil adquieren una relevancia constitutiva. No toma en cuenta dicha teoría, que, a menudo, no se sabe con certeza qué es lo que los principios iusfundamentales les exigen en un caso de derecho civil, en aras de una praxis de decisión coherente, que sirva a los postulados de la seguridad jurídica y de la igualdad de tratamiento, pueda apoyarse en un material de decisión dotado de autoridad, es decir, en normas legisladas, precedentes y proposiciones dogmáticas consensuadas. Una justicia civil que quisiera apoyar todos los casos solo en el texto de la Ley Fundamental- la Constitución- pero que, por lo demás, quisiera decidir sobre una tabula rasa normativa, no podrá nunca satisfacer aquellos postulados. Por ello, el juez civil está sujeto prima facie al derecho civil vigente, tal como se presenta bajo la forma de leyes, precedentes y dogmática consensuada. Si, sobre la base de principios iusfundamentales, quiere apartarse de esto tiene que asumir la carga de la prueba⁴”

8. **Plan.** Dicho lo anterior, veremos cómo el proyecto, en sus tres primeros artículos, consagra una hermenéutica basada preferencialmente en la Constitución como fuente principal de interpretación del nuevo código, dejando a este en segunda posición, lo que como dije, terminara por destruirlo si los jueces aplican directamente la Constitución (**primera parte**). Pero en los artículos 4 y siguientes, el proyecto retoma, con ciertas imprecisiones, los principios de interpretación propios de los códigos tradicionales, entre ellos, el actual código civil colombiano (**segunda parte**). Con lo cual se crean dificultades de interpretación, integración, coherencia e igualdad, ya que es imposible aplicar, coetáneamente, los dos sistemas hermenéuticos previstos en el proyecto.

4 Alexy, ob. cit., p. 522 y 523. Ver también, Tamayo Jaramillo Javier, *La Decisión Judicial*, ed. Diké, Medellín, T. I, n. 470, 2011.

Primera parte

Aplicación directa de la Constitución

9. **Análisis de los tres primeros artículos del proyecto.** En efecto, los primeros 3 artículos del proyecto, relativos a la interpretación del Código, están saturados de una errónea concepción del constitucionalismo extremo, completamente excluyente del principio de legalidad. Veamos:

I.

La constitución sepulta el código que se proyecta

10. Artículo 2° del proyecto

Según el artículo 2° del proyecto

“Son fuentes formales del derecho privado la Constitución, la ley, la jurisprudencia, los tratados internacionales e instrumentos internacionales.

11. **Errónea concepción de la constitucionalización del derecho privado.** Como está redactada, esta disposición dará lugar a fuertes tensiones sociales y políticas y generará el riesgo de que el Código mismo quede destruido por la aplicación directa de la Constitución y la jurisprudencia. La verdad es que el artículo 3°, no deja duda de que es la Constitución la fuente principal *de interpretación del Código*, lo que no puede ser aceptable.

Sin embargo, aquí hay una gran equivocación. En efecto, la Constitucionalización del derecho, bien entendida, significa que toda norma legal de rango inferior es una restricción razonable de un principio constitucional. Pero la restricción constitucional, siempre necesaria, no puede aniquilar o limitar excesivamente los principios constitucionales restringidos⁵.

Si, por ejemplo, la ley civil establece una prescripción de un mes para demandar la indemnización de perjuicios por un accidente

5 Alexy, ob. cit., p. 286 s.s.; Tamayo Jaramillo, *La decisión judicial*, Díké, Medellín, 2011, T.I, n. 469.

de la circulación, ello torna irrisorios los derechos indemnizatorios y el derecho de accionar ante la justicia, y esa norma deviene inconstitucional, y por lo tanto, el juez, así deberá declararlo en el caso concreto, por ser una restricción excesiva. Pero si la norma fija la prescripción en tres años, estamos en presencia de una norma constitucionalizada, pues se trata de una restricción razonable que, por su amplitud, no atenta contra el derecho de defensa y de acción.

De ello se desprende que, al aplicar una norma que contiene una restricción razonable de un principio fundamental, se está aplicando la ley y de contera, la Constitución. Por lo tanto, la constitucionalización del derecho privado, bien entendida, consiste en que las normas legales deben estar de acuerdo con la Constitución. No consiste por lo tanto, en dejar de lado las leyes acordes con la constitución para, en su lugar, aplicar directamente la Carta, según la visión ideológica que de la misma tenga el juez, sin ataduras⁶, violando así los principios de legalidad, igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, bases del Estado social de derecho. Esa aplicación directa está condenada por los máximos exponentes de la doctrina de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución⁷. Aplicarla así significa la desaparición de los códigos, pues, en la práctica judicial, la norma constitucional pura, semánticamente hablando, siempre está por encima de la ley.

En resumen, el código de derecho privado o el Código penal están constitucionalizados si sus normas no contradicen irrazonablemente, ningún principio constitucional. La mera contradicción semántica entre norma constitucional y norma legal, no significa que la primera aniquile la segunda. Por ejemplo, el derecho de libertad establecido en la Constitución, semánticamente hablando, es categórico. Pero la práctica del vivir de acuerdo con la Constitución exige que haya restricciones no exageradas a ese dere-

6 Puede verse un análisis de esta teoría en Tamayo Jaramillo, *La decisión judicial*, n. 457 s.s.

7 Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*, edit., CEPC, 2002, Madrid, p. 522.

cho de libertad para proteger la movilidad, la seguridad y la paz. Es claro que, si el Código penal establece prisión sin beneficios para un delincuente violador, axiológica y principalísticamente esa norma no es contraria al principio de libertad contenido en la Carta. Esa es una restricción necesaria y razonable del principio constitucional de libertad y, por lo tanto, no viola el artículo 4º de la Constitución. Es, por lo tanto, una constitucionalización de esa norma penal. En cambio, si el Código penal establece la pena de muerte o la prisión perpetua para un ladrón de gallinas, estará restringiendo exageradamente el derecho de libertad para ese tipo de delitos menores, dada la desproporción entre la sanción y el delito. Esa norma no está pues, constitucionalizada, por ser una restricción exagerada del derecho de libertad.

En consecuencia, la diferencia semántica entre norma legal y norma constitucional nada tiene que ver con la aplicación del artículo 4º de la Carta. La discrepancia que da lugar a que una norma legal sea inconstitucional, es decir, que no esté constitucionalizada, no es semántica sino de desproporción axiológica entre el contenido constitucional de la norma y su contenido legal. Ahora, si se concluye que el contenido semántico de la Constitución aniquila cualquier norma inferior que contraríe ese contenido semántico, ningún código será válido y, por lo tanto, solo la Constitución sería fuente formal del derecho, y, como sus principios son tan abiertos, el juez sería amo y señor del derecho todo.

Y, lo que es peor, la constitucionalización del derecho obligaría a que todas las normas que hoy están solo en los códigos o en las leyes, estuviesen consagradas expresamente en la Carta, lo que, por absurdo, nadie se ha atrevido a mencionar. Sin embargo, a menudo, se dice, por ejemplo, que el artículo 90 de la Constitución constitucionalizó la responsabilidad del Estado. Esto es un error, pues, aún sin esa norma, la citada responsabilidad ha existido desde antes de la Carta del 91. Es más: se han conservado los factores de atribución existentes con anterioridad a la nueva Carta Política. El artículo 90 nada nuevo creó.

Debido a la imposibilidad de esas utopías constitucionalistas, no se puede establecer que la Constitución sea fuente formal y pre-

ferencial del derecho privado, pues, con la sola ley acorde con la misma Constitución, ya es suficiente. La aplicación semántica de toda norma que sea una restricción razonable de la Constitución es la aplicación de esta misma, y, por lo tanto, el juez debe respetarla. Así las cosas, en lugar de establecer que la Constitución es la fuente preferencial de interpretación del derecho privado, a la que le sigue en importancia hermenéutica el Código de derecho privado, habría bastado decir que *la ley civil debe ser una restricción razonable de la Constitución*. Y, resuelto el problema, sin necesidad de establecer el encriptado artículo 3º, con su redacción actual.

En resumen, solo las normas hermenéuticas del Código de derecho privado son la fuente preferencial para la interpretación del derecho privado en general, siempre y cuando no violen la Constitución. Y, esta exigencia está, en principio, implícita en toda norma legal.

Pero, como está redactado el inciso segundo del artículo 3º, es evidente que el juez, cada que tenga que interpretar los hechos para resolver un litigio, deberá echar mano, en primer lugar, de la Constitución, y, en esa forma, siendo esta un conjunto de principios abiertos para las más diversas interpretaciones, será el derecho de los jueces el que se imponga, esta vez, con más autoridad que nunca, pues el mismo Código civil lo autoriza.

Siguiendo con el mismo ejemplo inicial, si dentro de un proceso en el que el demandado alega la prescripción de tres años contemplada en la ley civil, y el demandante es una persona pobre, fácilmente el juez podrá decir, sin incumplir el artículo 2º que venimos discutiendo, que esa prescripción de tres años contradice el principio constitucional que consagra el derecho de todos los individuos a un mínimo vital, y que, por lo tanto, la excepción propuesta por el demandado contradice la Constitución.

Si así son las cosas, el artículo 3º del proyecto es el arma con la que el Código de derecho privado, como cuerpo lingüístico de normas que regulan las relaciones entre particulares, está llamado a autodestruirse al establecer que la Constitución es fuente formal

y preferencial del derecho privado, lo que significa que se debe aplicar directamente. En efecto, un partidario del activismo judicial de cualquier ideología enemiga de la división de poderes y del principio de legalidad siempre hallará un principio constitucional que le sirva de apoyo para desconocer las normas del derecho privado, sin necesidad de analizar si estas son restricciones válidas desde el punto de vista de la Carta. Le bastará argumentar que según el artículo 3º, la Carta tiene preferencia sobre las normas de derecho privado.

II.

La destrucción de los principios de legalidad y de seguridad jurídica

12. Artículo 3º del proyecto.

El artículo 3º del proyecto establece lo siguiente:

“La ley deberá interpretarse, aplicarse e integrarse de acuerdo con la Constitución Política y las disposiciones de índole constitucional, con el fin de garantizar la primacía de los derechos fundamentales, la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta o con especial protección constitucional y la realización del interés general.

“Las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las de las leyes. La interpretación de la ley y demás fuentes del derecho, deberá estar conforme a los postulados constitucionales”.

13. Con este artículo el código proyectado se autodestruye

Esta norma es prueba irrefutable de lo que acabo de afirmar. En efecto, tal y como está redactada, le da entierro de cuarta al mismo Código que pretende interpretar. Hago estas reflexiones al respecto:

- a) Decir que la ley deberá interpretarse *“con el fin de garantizar la primacía de los derechos fundamentales, la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta o con especial protección constitucional y la realización del*

interés general”, es destruir, por completo, cualquier código de derecho privado.

En efecto, si, como dije, toda norma legal debe ser una restricción razonable a la luz de los derechos fundamentales, es claro que el Código de derecho privado tiene por finalidad proteger esos derechos, así no lo logre por imposibilidades de hecho, sin necesidad de aplicar directamente la Constitución ignorando las normas del Código. Eso ya lo he explicado. Pero si lo que hay es una aplicación directa de la Carta, los códigos carecen de importancia pues la aplicación directa de la Constitución carece de cortapisas, lo que atenta contra el derecho de los demás a ser protegido proporcionalmente por la misma Carta.

- b) Recordemos que el inciso primero del artículo 3º establece que *“La ley deberá interpretarse, aplicarse e integrarse de acuerdo con la Constitución Política y las disposiciones de índole constitucional... con el fin de garantizar la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta o con especial protección constitucional,”*. Es decir, si interpretamos aisladamente, esta frase del artículo 3º, esta permite integrar los principios constitucionales entre sí, a partir de restricciones legales de todos esos derechos de forma tal que todos pervivan con un nivel razonable de eficiencia.
- c) Pero las cosas no son así. Recordemos, también, que el inciso segundo del mismo artículo 3º establece que *“Las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las de las leyes.* Así las cosas, fácil es concluir que el Código está condenado al fracaso, porque toda controversia se resolverá en primer lugar con base en la aplicación directa de la Constitución. Y, lógicamente, habrá que concluir que el derecho privado como fuente no preferencial de la interpretación hermenéutica, nunca se aplicará porque, las normas de derecho privado, sin excepción, deberán estar de acuerdo con la Constitución.

- d) Pero, si el Código de derecho privado, en materia de interpretación, es fuente subsidiaria de la Carta política, significaría que su aplicación solo sería posible si la Constitución como fuente preferencial careciese de solución para el caso concreto. Pero esa imposibilidad no existe porque la Constitución irradia la totalidad del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, al aplicar el código de derecho privado, se estará aplicando al mismo tiempo, la Constitución.

La subsidiariedad del Código proyectado como fuente de interpretación del derecho privado, en la forma como está redactada la norma, solo sería viable para un caso concreto, si las normas constitucionales no permitiesen resolverlo. Lo que es imposible ya que todas las normas del derecho privado están constitucionalizadas porque deben ser restricciones razonables de principios fundamentales de la Carta.

Por ello, creo que la única solución integrada y coherente de las normas sobre interpretación del derecho privado en general, consiste en aceptar como tales los artículos 4 a 7 del proyecto, bajo el entendido de que las normas que se deben interpretar en su significado semántico- no literal necesariamente-, estén ajustadas a la constitución.

En resumen, el proyecto contempla, en teoría, dos formas de aplicar la hermenéutica constitucional: o bien aplica la Carta, directamente, de acuerdo con los artículos 2º y 3º; o bien, aplica en todos los casos, las normas del Código de derecho privado, que llevan consigo la aplicación implícita de los principios fundamentales de la Constitución.

- e) De otro lado, y volviendo al artículo 3º del proyecto, casi siempre, en todas las relaciones de derecho privado habrá, por lo menos, una persona en situación de debilidad manifiesta o con especial protección constitucional. Así a uno no le gusten ni la economía de mercado ni la propiedad privada ni la libertad contractual ni el derecho de familia vigentes en Colombia, instituciones todas regladas en el proyecto de Código de derecho privado, lo cierto es que ese sería nues-

tro derecho vigente y el juez no podría desconocerlo bajo el pretexto de que la Constitución prima sobre dicho código.

Yo entiendo que todo el ordenamiento jurídico, bajo el ropaje envolvente de la Constitución, vela por la protección efectiva de las personas en situación de debilidad manifiesta. Pero esa protección se logra al abrigo de legislaciones claras que se orienten en esa dirección pero en forma detallada, de forma tal que el juez no pueda, cada que le plazca, echar mano de su ideología, para favorecer a una de las partes porque esta pertenece a una minoría o se encuentra en un posición de protección constitucional.

El legislador es soberano para legalizar el aborto o el matrimonio entre personas del mismo sexo, aprobar una reforma urbana o una agraria, etc. Independientemente de que uno esté de acuerdo o no con esas nuevas instituciones jurídicas, lo cierto es que son normas que fueron o pueden ser creadas de acuerdo con la Constitución con el fin de proteger a dichas personas. Por lo tanto, quien dice creer en el estado de derecho, no tiene más que reconocerlas y respetarlas. Y el juez no tiene más que aplicar lo que al respecto se consagra en ellas. Ya estas llevan consigo el contenido de protección constitucional consagrado en la Carta. Y las partes saben que ese será el derecho aplicable en caso de verse inmersas en un conflicto judicial.

En consecuencia, ya redactada una ley que no viola la Constitución, en tanto es una restricción razonable de principios fundamentales, y frente a la cual todo el mundo está en condiciones de igualdad ante el juez, el principio de legalidad y el de la seguridad jurídica deben primar de forma tal, que todo el mundo sepa a qué consecuencias atenerse con esas leyes en caso de litigio. Pero obsérvese que fue el legislador el encargado de redactar las normas para proteger a las personas en condiciones de debilidad manifiesta. Esa es su función constitucional y democrática. Por lo tanto, no es el juez el encargado de valerse de los artículos 2º y 3º, para proteger al débil en la vida, amparado en la apli-

cación directa de la Constitución. El fallador, al aplicar un Código positivo y eficaz, no es el encargado de lograr esa protección, porque entonces, se distorsionan las relaciones jurídicas entre particulares. Las leyes o códigos de derecho privado no pueden dejarle al juez la facultad-deber de proteger a los más débiles de fortuna a costa de personas más afortunadas que creían que el principio de legalidad y el de seguridad jurídica les garantizaban los derechos consagrados en la ley y en el contrato. No me imagino que si, en un matrimonio, la esposa trabaja juiciosamente y consigue un patrimonio producto de su trabajo y su honradez, al hacerse la separación de bienes como consecuencia de un divorcio, el marido, arruinado y viviendo en la calle por el vicio, deba recibir más patrimonio que la esposa que no ha hecho más que honrar la familia y trabajar.

Toda protección que, discrecionalmente, hace el juez en favor de una de las partes, contrariando las normas que consagran los derechos y obligaciones de los contratantes, se hace a costa de los intereses y derechos legítimos de la contraparte. Es una especie de confiscación judicial de los derechos de la parte que debe sufrir con la protección dada a la parte débil.

En ese mismo sentido, si gente pobre invade un terreno ajeno, y el propietario instaura un proceso reivindicatorio, el juez no puede desconocer las normas sobre restitución y por lo tanto, debe aceptar la pretensión del demandante, con lo cual el derecho de propiedad quedará garantizado. ¡Miren, hoy mismo, lo que está pasando en Argentina!

Para que se entienda bien lo que afirmo, si, en el último ejemplo, el legislador, en su soberanía, expide leyes válidas para proteger a esos invasores, un hombre que respete el estado de derecho y el principio de legalidad, así no le gusten esas normas, no puede menos que aceptarlas, sin perjuicio de su derecho a demandar la inconstitucionalidad de la norma o la indemnización compensatoria. Y la función del juez es decidir conforme a derecho.

Lo que acabo de afirmar, es prueba de lo que tanto he dicho frente a mis contradictores. Mi defensa no es tanto por el contenido de las leyes, pues esa lucha la doy en el campo de la acción política, sino por el respeto que de las mismas deben tener el fallador y las partes. Es la defensa del principio de legalidad, de la seguridad jurídica y en resumen, del Estado social de derecho.

Este punto ha de quedar bien claro: el Estado, por medio del Legislador y del Gobierno, puede y debe, mediante leyes que protejan a los más débiles, disponer lo necesario para que todos tengan el mínimo vital, dentro de sus posibilidades financieras, sin tener que hacerlo por medio de los fallos judiciales. El Estado no puede facultar al juez para que, en sus sentencias, por beneficiar a la parte débil desconozca los derechos de la contraparte. Solo dos pequeñas reflexiones al margen: *i)* ¿qué hará el juez si tanto el demandante como el demandado son indigentes que litigan por un predio? ¿En favor de cuál de los dos interpretará la ley? *ii)* ¿habrán percibido los redactores que, con el artículo 576 del proyecto, se acabarán los contratos de arrendamiento de vivienda social, pues el juez podrá rebajar la deuda del arrendatario pobre, a costa desde luego, del arrendador? ¿Habrán caído en cuenta de que, con esa misma norma, el crédito de consumo desaparecerá pues cada que el deudor sea demandado ejecutivamente, el juez podrá declarar extinguida la deuda debido a la pobreza del actor?

Mejor dicho, los pobres saldrán de las negociaciones reguladas por el nuevo código, pues los que no sean indigentes no querrán negociar con ellos porque se incumplen, el juez los protegerá; y, los negocios entre pobres, son de imposible solución judicial, pues el juez deberá protegerlos a los dos, lo que es lógicamente imposible.

En consecuencia, el legislador y los jueces deben tener claro que las leyes en general, y en especial, el Código civil, siempre son restricciones constitucionales necesarias a los derechos fundamentales, pues, estos son de imposible y ra-

zonable aplicación directa. Por lo tanto, cuando se quiere garantizarlos categóricamente como lo establece el proyecto, ninguna constitución es capaz, por sí sola, de regular todas las relaciones entre particulares. De allí que, si se aprueban los artículos 2º y 3º, serán entonces los jueces, los que, conforme a su ideología, irán poco a poco, y con precedentes obligatorios, vaciando de contenido el Código mismo. O, mejor dicho, irán creando un nuevo Código a partir de precedentes obligatorios. Si eso es así, ¿para qué sirve el esfuerzo de redactar un Código de derecho privado que será desarticulado por la aplicación directa o *celestial* de las normas constitucionales?

Segunda parte

Las normas de interpretación semántica dentro del proyecto de código civil y comercial

- 14. Métodos interpretativos contradictorios y excluyentes.** Como acabamos de ver, los dos artículos comentados basan la interpretación en la aplicación directa de las normas constitucionales, y le dan prelación a estas frente a las normas hermenéuticas propias del Código proyectado. Pero, sorpresivamente, aunque en forma un poco confusa, los artículos 4º. al 7º, toman como pautas hermenéuticas las que en general contienen los códigos tradicionales basados en la interpretación semántica clásica, sin hacer énfasis en la Constitución como fuente principal de interpretación del derecho civil. Es decir, el intérprete del futuro código deberá tener en cuenta, de un lado, las normas constitucionales que les dan a los jueces la facultad de fallar de acuerdo con lo que ellos crean justo, al amparo de dichas normas, así sea en contra del texto del código civil; y, del otro lado, deberá también tener en cuenta las normas propias de la interpretación lingüística del código, lo que es lógicamente imposible. Es imposible porque en las tres primeras normas, el texto de las disposiciones del derecho privado pueden o deben ser aniquiladas por las normas constitucionales si el juez lo considera pertinente. Y, en las cuatro siguientes normas, se acude, primordialmente, a la interpretación semántica de

las disposiciones de derecho privado, sin que se olvide, del todo, el activismo judicial. Mejor dicho, es imposible una interpretación coherente cuando el mismo proyecto introduce dos métodos hermenéuticos totalmente excluyentes, a saber: las normas de interpretación constitucional valorista, de un lado; y, del otro, las propias de la interpretación lingüística del derecho positivo.

Veamos:

15. El artículo 4º. del proyecto

Dicha norma establece lo siguiente:

“En la interpretación de la ley o de cualquier norma jurídica se tendrá en cuenta el fin que la hizo necesaria, el momento histórico en que deba aplicarse y los criterios, gramatical, lógico, sistemático e histórico. Si del texto se deducen varios sentidos, el intérprete deberá preferir el que produzca el resultado más razonable, justo y armónico con la integridad del ordenamiento jurídico”.

16. Esta disposición contradice los primeros tres artículos del proyecto.

Veamos:

- a) En primer lugar, cabe preguntarse por el campo de aplicación del artículo 4º del proyecto. En efecto, como vimos, el artículo 2º. afirma que son fuentes formales del derecho privado la constitución, la ley, y la jurisprudencia. Teniendo prelación las normas constitucionales.

Pero, el artículo 4 establece que *“En la interpretación de la ley o de cualquier norma jurídica se tendrá en cuenta el fin que la hizo necesaria, el momento histórico en que deba aplicarse y los criterios, gramatical, lógico, sistemático e histórico”.*

Es decir, nada de prelación de la Constitución en la interpretación del derecho privado. Como si los artículos 2º y 3º no existieran.

¿Cuál de los dos métodos de interpretación debe seguir el juez? No hay una respuesta racional, lógica y coherente, pues hay una contradicción insalvable en la práctica.

Vamos por partes, y aparecerán transparentes las contradicciones:

- b) De un lado, el artículo 7º establece que los jueces deberán acatar la jurisprudencia de las altas cortes.

El problema es insoluble porque la interpretación constitucional obligatoria aplicada por la Corte, acude, a menudo, al activismo judicial y, por lo tanto, los criterios de interpretación del artículo 4º, muchas veces no se aplican, pues prima la interpretación acorde con la Constitución.

Sin embargo, la jurisprudencia, así sea obligatoria, queda desplazada ya que la Constitución es la fuente preferencial de interpretación del derecho privado, siguiendo, luego, la ley y la jurisprudencia. Por lo tanto, el juez de rango inferior, deberá, según el proyecto, tener como fuente preferencial de interpretación, las normas constitucionales, lo que significa que, al momento de fallar, deberá preferir la norma constitucional que, según su criterio sea aplicable, poco importa lo que establezca el precedente judicial, en principio, obligatorio.

- c) De otro lado, cabe preguntarse cuáles son las fuentes de interpretación de los precedentes obligatorios. Lo pregunto porque hay la sensación de que los jueces deberán plegarse literalmente al precedente, a menos que tengan argumentos fuertes para desconocerlos. Recordemos que, si los jueces se salen del texto del precedente, sin argumentos fuertes, incurrir en prevaricato. La situación es desoladora.

En efecto, una interpretación literal del precedente obligatorio constituye el retorno al más crudo positivismo formalista del siglo XIX. El juez dejaría de ser *la boca de la ley* para convertirse en *la boca de la jurisprudencia de las altas cortes*. Sería la desaparición de las teorías anti semánticas

del nuevo derecho o derecho de los jueces. Dado que esa solución sería absurda e irrazonable para los que creemos en el principio de legalidad y en el positivismo con discrecionalidad relativa de los jueces, hay que aceptar que los precedentes obligatorios, son normas que, como todas las demás, son elaboradas por hombres falibles que, no siempre aciertan. En consecuencia, caben dos soluciones cuando los precedentes son vagos, incoherentes, contradictorios o contiene lagunas. De acuerdo con la primera, deberían acudir a la Constitución como fuente preferencial de la interpretación – art. 2º del proyecto- de las normas de derecho privado, con lo cual, los precedentes estarían en serio riesgo de naufragar a nombre de la defensa de la Constitución; de acuerdo con la segunda solución, deberían interpretarse de acuerdo con los artículos 4 a 7 del proyecto de Código de derecho privado. Yo me pliego a esta última solución.

- d) Veamos, ahora, por qué esos dos métodos de interpretación que contiene el proyecto son excluyentes. Por ejemplo, mientras el artículo 3º. nos dice que la ley deberá interpretarse, preferencialmente, de acuerdo con las normas de índole constitucional, con el fin de garantizar la primacía de los derechos fundamentales, la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta o con especial protección constitucional y la realización del interés general, el artículo 4º, en cambio, nos dice que en la interpretación de la ley se tendrán en cuenta el fin que la hizo necesaria y el criterio gramatical entre otros. Es decir, se aplican el método teleológico, el gramatical, el lógico, el sistemático y el histórico.
- e) O sea que, del artículo 4º en adelante, ya la interpretación no es la constitucional pura del artículo 3º, sino la de los métodos tradicionales de una hermenéutica positivista.

Yo pregunto: supongamos que una norma establece que “*la prescripción será de tres años*, y, una viuda en estado de pobreza demanda indemnización por la muerte de su esposo, 10 años después de ocurrido el fallecimiento. ¿Cuál será

la interpretación que se le dará a esta norma? De un lado el artículo 3º establece que los principios fundamentales consagrados en la Carta son fuente preferencial de interpretación del derecho privado; y del otro, el artículo 4º establece el método gramatical, es decir, el positivista, en el cual, si la norma es clara será esta la aplicable. Es evidente entonces, que hay una contradicción imposible de resolver.

Por lo tanto, tenemos que, si la norma legal es una restricción constitucional válida; es una norma clara gramaticalmente hablando y el objetivo de la prescripción es evitar que las acciones sean posibles indefinidamente en el tiempo, la norma debe aplicarse. Esa es la filosofía del artículo 4º del proyecto.

Pero, por otro lado, el artículo 3º le da prioridad a la Constitución frente al Código de derecho privado. ¿Admitirá el juez, en nuestro ejemplo, que las acciones ya prescribieron como lo establece claramente el código, o decidirá que la prescripción se tendrá por no escrita dada la situación de pobreza de la demandante?

Como se ve, el juez tiene que escoger entre fallar de acuerdo con la semántica de las normas constitucionales, o fallar de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y s.s., a sabiendas de que ambas soluciones están avaladas por el proyecto, pero son diametralmente opuestas. La verdad es que el proyecto no le da prioridad a ninguna de esas dos alternativas. Lo que prueba la inconveniencia de considerar a la Constitución como fuente formal y preferencial del derecho privado, en desmedro de las normas de interpretación del Código. La solución correcta para resolver esa contradicción consiste en establecer que *“las normas del derecho privado son restricciones legítimas de normas constitucionales, y si la restricción es excesiva, la norma es inconstitucional”*. En esa forma, se acepta correctamente, que toda norma del código debe respetar las restricciones razonables de la Constitución. Esa es la verdadera significación de la llamada constitucionalización del derecho privado. Pensar

lo contrario es aplicar directamente la constitución a gusto del juez, con la consabida desaparición del Código que se pretende aprobar.

- 17. El artículo 4º le da preferencia a la interpretación semántica de las normas.** Ahora, un buen sistema de normas de hermenéutica debe tener cuidado y no mezclar con el mismo nivel de aplicabilidad todos los instrumentos de interpretación, sobre todo, cuando son casos difíciles. Unos criterios hermenéuticos deben ser preferidos a los otros. Así lo establece el Código civil colombiano actual, en sus artículos 26 y siguientes. Lamentablemente, el proyecto, en su artículo 4º, pone en el mismo nivel de aplicación, todos los instrumentos hermenéuticos como si el juez pudiera echar mano del que le plazca. Pero, a pesar de esa confusión, me parece que, racionalmente, se debe partir primero del texto semánticamente claro que no sea una restricción inconstitucional, pero combinado simultáneamente con el contextual. En efecto, puede que una norma tomada aisladamente sea clara, pero si se la interpreta dentro del contexto de un conjunto de normas que hacen parte de una institución normativa más amplia, el significado de la norma sea diferente y plausible. Y si el juez, mediante la interpretación gramatical y contextual no encuentra una solución racional, echará mano, entonces, en su orden, de la interpretación sistemática, de la analogía, o de la equidad, etc.

Sería incoherente acudir primero a los otros criterios y dejar para lo último, como criterio subsidiario, el gramatical o semántico aunque la norma interpretada sea clara. La prueba de que la interpretación semántica o gramatical prima sobre las demás, la encontramos en la parte final del artículo 4º, que establece que si la norma brinda varios sentidos, es decir, no es una norma clara, el intérprete deberá preferir el que produzca el resultado más razonable, justo y armónico con la integridad del ordenamiento jurídico. O sea que, si la norma no es clara y se presta a varios significados, lo que ocurre a menudo, se acudirá, de acuerdo con el artículo 4º, a la búsqueda de un sentido o significado que produzca el resultado más razonable, justo, y armónico con la integralidad del ordenamiento jurídico. Ahora, si esa es la solución, ¿de qué

sirven los otros criterios consagrados en el artículo 4º? ¡Qué de contradicciones! Imposible resolver coherentemente la vaguedad de la parte final del artículo 4º. Acá se mezclan de nuevo, la axiología de los artículos 2º, 3º y la semántica de los artículos 4º a 7º.

Pregunto: cuándo una norma es clara, no viola la Constitución y solo admite un sentido, ¿se aplicará sin discusión alguna? En mi sentir la respuesta es afirmativa, pues el remedio subsidiario contemplado en la norma solo se aplica cuando la norma tenga varios sentidos.

De donde se infiere que, si la norma es una restricción razonable de la Constitución y solo tiene un sentido claro, es ese el que se debe aplicar, sin detenerse a mirar si esa norma es perjudicial para una de las partes. Lo que prueba que, como he dicho, de acuerdo con el artículo 4º del proyecto, la norma gramaticalmente clara dentro de su contexto, es la fuente primordial y preferible de la hermenéutica del proyecto.

Pero esa inconstitucionalidad no se puede declarar, para un caso concreto, por el solo hecho de que el juez considere que la norma perjudica, en ese caso, a la parte más débil, olvidando que la norma puede ser una restricción razonable en sentido general. Si cada que al juez le parece que la norma es injusta para un caso concreto, y por tal motivo la declara inconstitucional para ese caso, y decide aplicar directamente la constitución según los establecen los artículos 2º y 3º, caeremos, de nuevo, en el derecho de los jueces consagrado en estas dos disposiciones. Y, en consecuencia, los artículos 4º y siguientes devienen letra muerta.

En otro orden de ideas, pero siempre dentro del análisis del artículo 4º, no estoy de acuerdo con el proyecto cuando dice que, si la norma brinda varios sentidos, el intérprete deberá preferir el que produzca el resultado más razonable, justo y armónico con la integridad del ordenamiento jurídico. En efecto, si la norma tiene más de un sentido, estamos en presencia de un caso difícil, en cuyo caso, se debe acudir al fin buscado con la misma, al contexto de la norma, al criterio lógico, al sistemático y al histórico. Eso es lo que establece la primera parte de la norma.

Yo no me opongo a la solución que establece el artículo 4º del proyecto cuando afirma que el intérprete deberá preferir el sentido que produzca el resultado más razonable, justo y armónico con la integridad del ordenamiento jurídico. Pero solo sería aplicable cuando se agoten los otros criterios de interpretación previstos en el artículo 4º. Así por ejemplo, puede suceder que uno de los significados o sentidos muestre cual fue el objetivo, finalidad o teleología de la norma, en cuyo caso, así se debe interpretar la norma sin mirar si su real significado teleológico puede perjudicar a la parte débil del contrato. Y, si fallan estos criterios, el juez, allí sí, deberá preferir el sentido que produzca el resultado más razonable, justo y armónico con la integridad del ordenamiento jurídico.

Finalmente, hay en la última frase del artículo 4º otra contradicción. Si el juez debe preferir el sentido que sea más más razonable, justo y armónico con la integridad del ordenamiento jurídico, me pregunto: ¿qué pasa si aparece que el resultado más armónico con la integridad del ordenamiento jurídico se refiere a una armonía sistemática o teleológica indiscutible que no es la más justa para la parte débil? Considero que, salvo que se trate de una injusticia extrema, en cuyo caso cabe el fallo en equidad, el juez no tiene más remedio que aplicar la interpretación más armónica teleológica o sistemáticamente hablando.

Todos estos vaivenes entre los principios axiológicos y la hermenéutica jurídica positivista son fatales para la debida interpretación del proyectado código, si a los dos se les dan la misma primacía a elección del juez o si se los quiere mezclar. Los artículos 2º y 3º son consecuentes si se los aplica siempre, en todos los casos, así yo no comparto esa solución. Pero cuando los artículos 4º y siguientes se mezclan con los tres primeros, con la misma primacía de aplicación, el logos de lo razonable y la coherencia normativa de los principios hermenéuticos aplicables es imposible. Lo adecuado sería que el proyecto, en los artículos 4º y siguientes, estableciera una batería de criterios de interpretación semántica que permitiese una interpretación acorde con los textos vigentes. Y, esa batería debería blindarse, en caso de imposible

solución, con principios axiológicos, como lo hacen los códigos del mundo entero. Es decir, que los principios generales del derecho, la equidad, la solución justa o razonable y demás criterios axiológicos, solo se aplican cuando se hayan agotado los otros mecanismos, ya citados en el mismo artículo 4°.

18. El artículo 5° del proyecto

Esta norma establece lo siguiente:

“Los pasajes oscuros o contradictorios se interpretarán del modo que más conforme parezca a los principios fundamentales del derecho y la equidad.

19. Esta disposición es prueba de que el artículo 4°, consagra la interpretación semántica.

Los argumentos son los siguientes:

- a) Como dije, sorpresivamente, el proyecto, después de que, en sus artículos 2° y 3°, le da preponderancia mayúscula a la Constitución como fuente de interpretación y aplicación del Derecho privado, en los artículos 4° y siguientes, establece, al mismo nivel de aplicación, un sistema de interpretación positivista.
- b) Aunque el proyecto no es contundente al respecto, lo cierto es que, cuando el artículo 5° habla de *los pasajes oscuros o contradictorios*, es porque, cuando la ley sea clara, se deberá aplicar según su significado semántico. Lo corrobora el artículo 4° al establecer que, en la interpretación de la ley, se tendrán en cuenta, entre otros, el criterio gramatical y el lógico. Y ya he mostrado cómo opera la utilización del criterio gramatical en la interpretación del derecho privado (supra...). Digo que se tiene como pauta de interpretación, en primer lugar, la norma clara y coherente porque, como dice el artículo 5° del proyecto, los pasajes oscuros se interpretarán conforme a los principios fundamentales del derecho y la equidad. En consecuencia, es lógico pensar que, si no hay pasajes oscuros o contradictorios, es porque la ley

es clara, y esa es la que se aplica, así el proyecto no lo diga en forma expresa.

En consecuencia, en mi sentir, antes del artículo 5° del proyecto, se debió incluir una norma que estableciera que cuando la ley sea clara y coherente, se aplicará conforme a su significado semántico, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se halla la norma interpretada. Y, si hay vacíos, vaguedades, incoherencias y contradicciones, se acudirá a los criterios de interpretación previstos en el artículo 4°. Y, solo cuando los criterios anteriores no permitan alcanzar a descubrir el sentido de la norma, se aplicará lo dispuesto en el artículo 5°.

20. Artículo 6° del proyecto

El artículo 6° del proyecto establece lo siguiente:

“A falta de ley o cualquier otra norma jurídica, se aplicará la analogía; en su defecto, se tendrán en cuenta las costumbres siempre que no sean contrarias a la ley y el orden público, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares; en último término, el intérprete proferirá su decisión conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

21. Criterios hermenéuticos para colmar las lagunas de las leyes de derecho privado

- a) Esta norma establece los mecanismos hermenéuticos para colmar los vacíos o lagunas normativas. Y, es lógico que primero se acuda a la analogía. Esa es la solución propia del positivismo incluyente y del Código civil vigente. A continuación, el artículo 6°. establece que si la analogía no es posible *se tendrán en cuenta las costumbres siempre que no sean contrarias a la ley y el orden público, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares.* En mi sentir la norma omite, en este punto, el orden lógico de la hermenéutica jurídica. En efecto, ante la imposibilidad de aplicar la ana-

logía, se debería acudir primero a los criterios previstos en el artículo 4º cuando afirma que *“En la interpretación de la ley o de cualquier norma jurídica se tendrá en cuenta el fin que la hizo necesaria, el momento histórico en que deba aplicarse y los criterios, gramatical, lógico, sistemático e histórico. Y, digo yo, si ninguno de estos mecanismos permite llenar el vacío, allí sí, se debe acudir, a lo dispuesto en el artículo 6º.*

Con todo y ello, considero que se deben, por lo pronto, excluir de ese orden de prioridades, la equidad y los principios generales del derecho. Estas dos, se dejan como criterios axiológicos subsidiarios finales para cuando se hayan agotado todos los demás criterios hermenéuticos.

Prueba de lo anterior, es la incoherencia de la parte final del artículo 6º, según la cual, si la equidad y los principios generales del derecho no permiten llenar una laguna, el fallo se basará en la equidad y en los principios generales del derecho. Hay allí una repetición dañina y contradictoria. Uno de los dos sobra, necesariamente, por el principio de exclusión. Busquemos la salida. Por ello dije que la equidad y los principios generales del derecho deben ser excluidos de la primera lista de criterios auxiliares para llenar lagunas, en defecto de la analogía. Y como última salida, quedan la equidad y los principios generales del derecho.

Así las cosas, según mi punto de vista, el artículo 6º debería establecer que si no es posible colmar las algunas mediante la analogía, *se tendrán en cuenta las costumbres siempre que no sean contrarias a la ley y el orden público, la jurisprudencia, y la doctrina, como criterios auxiliares; en último término, el intérprete proferirá su decisión conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.*

Se elimina la incoherencia, y se guarda la lógica hermenéutica que se quiere aplicar.

22. Artículo 7° del proyecto

Esta disposición establece, en un solo inciso, una serie de contradicciones e incoherencias injustificables en cualquier código o ley. Además, con una falta inexcusable de técnica en la redacción, incluye, en ese inciso único, problemas distintos que exigen incisos separados.

Para poder analizar este artículo, es preciso desmembrarlo en tres partes para, por lo menos, poder saber qué está regulando y cómo lo hace.

23. Redacción deficiente y oscura

En efecto, en la primera frase, el artículo 7° del proyecto, establece que

*“Los jueces, magistrados, funcionarios públicos y los demás servidores públicos a los que se les atribuye transitoriamente de la facultad de administrar justicia y los particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, resolverán los asuntos sometidos a su composición **mediante decisión razonable** (negrillas ajenas al original)”.*

A continuación, en la segunda frase del inciso único del artículo 7°, se establece que

“Por lo tanto, no podrán rehusar a decidir pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley;”

24. Análisis de la primera parte del inciso único del artículo.

- a) Para comenzar, digamos que un buen código requiere que sus disposiciones sean lo más claras, precisas y lacónicas posibles. Es una exigencia de la economía del lenguaje jurídico. En consecuencia, en lugar de relacionar todas las personas que administran justicia, como lo hizo la primera frase, la doctrina universal se contenta con hablar de *los jueces*. Bastaba en consecuencia con afirmar que *“los jueces resolverán los asuntos sometidos a su composición mediante decisión razonable”*.

b) En segundo lugar, y esto es lo más delicado, cuando la primera frase del artículo 7º establece que los jueces que deben resolver asuntos sometidos a su composición lo harán mediante *decisión razonable*, la incoherencia con los artículos 4º, 5º, y 6º es tan excluyente, que lo que la norma debe hacer es abandonar la idea de decisión *razonable* y en su lugar, hablar de decisión *racional* o convincente, que es lo que predica, para esos casos, la teoría de la argumentación jurídica. En efecto, autores como Alexy⁸, desarrollan toda su teoría de la argumentación con el fin de exigir que la motivación del fallo esté saturada de argumentos con el fin de que la decisión convenza al auditorio de la racionalidad del mismo, así el auditorio o parte del mismo, no compartan la decisión⁹. Lo que interesa es que el juez exponga los argumentos que lleven a la conclusión de que su decisión es conforme a derecho¹⁰. Es decir, una sentencia se considera racional cuando convence al lector, dado que está saturada de argumentos interpretativos sobre el derecho aplicable al caso concreto.

Ahora, si los redactores del proyecto insisten en que su idea es la de exigir que toda decisión judicial sea razonable, caemos en un abismo todavía más profundo. En efecto, mientras la racionalidad es un criterio propio de la lógica de la argumentación jurídica, aplicable a toda decisión judicial, *la razonabilidad o logos de lo razonable*, se refiere a una idea de justicia material. Como dice el *Vocabulaire juridique* de la Association Henri Capitant¹¹, razonable significa: “*Que responde, aún más, que a las exigencias de la racionalidad (de la lógica)*”.

8 Alexy R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de estudios constitucionales, 2ª. ed., Madrid, p. 208 y s.s.

9 Atienza M., *Argumentación jurídica*, en la obra colectiva, *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 232; Alexy, ob. cit., p. 211; Tamayo Jaramillo, ob. cit. T.I, n. 502.

10 Alexy, ob. cit. p. 211; Tamayo Jaramillo J., ob. cit., T.I, Dike, Medellín, n. 499.

11 Presses Universitaires de France, París, 1994, p. 665.

El derecho de los jueces se apoya precisamente, en el logos de lo razonable para apartarse de las normas positivas, con el fin de fallar como lo consideren justo. Si esa es la finalidad del artículo 7º, desaparecen los seis primeros artículos del proyecto, pues todas las decisiones judiciales deben ser justas, es decir, razonables. Lo demás sobraría.

- 25. Plenitud hermética del ordenamiento jurídico.** Analizado el contenido de la primera frase, recordemos que la segunda establece que, “*Por lo tanto-los jueces-, no podrán rehusar a decidir pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley*”. La segunda frase aparece, formalmente, como consecuencia “lógica” de la primera.

En efecto, las dos primeras frases establecen que, como los jueces deben fallar mediante decisión razonable, *no podrán rehusar a decidir pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley*”. Con el perdón de los redactores del proyecto, la primera frase nada tiene que ver, lógicamente hablando, con la segunda. Se trata de un falso silogismo.

En efecto, esta última frase establece el principio universal según el cual el juez no podrá abstenerse de fallar so pretexto de insuficiencia o inexistencia de ley aplicable¹². Es lo que la doctrina denomina “*la plenitud hermética del ordenamiento jurídico*”¹³. Y esa plenitud, de ninguna manera, se resuelve o se logra, exclusivamente, mediante decisiones razonables. Para eso están los artículos 4 a 7 del proyecto. Por ejemplo, el artículo 6º establece lo siguiente:

“A falta de ley o cualquier otra norma jurídica, se aplicará la analogía; en su defecto, se tendrán en cuenta las costumbres siempre que no sean contrarias a la ley y el orden público, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del dere-

12 Ver García Maynez Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1974, p. 303 s.s.

13 Recasens Siches Luis, *Filosofía del derecho*, 12ª. ed., Porrúa, México, 1997 p. 321 s.s.

cho y la doctrina, como criterios auxiliares; en último término, el intérprete proferirá su decisión conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

Y el artículo 5° establece lo que sigue:

“Los pasajes oscuros o contradictorios se interpretarán del modo que más conforme parezca a los principios fundamentales del derecho y la equidad.

Son estas dos normas las que tiene previstas el proyecto, con el fin de brindarle el juez la posibilidad de fallar en todos los casos, y para que no pueda alegar insuficiencia o inexistencia de la ley. En consecuencia, las dos primeras frases del artículo 7° Se derrumban como un castillo de arena.

Entre cosas, había prometido no comparar, para nada, las normas del Código Civil vigente con las contenidas en el proyecto que ahora se halla en discusión. Sin embargo, recuerdo que se nos ha dicho que, con el proyectado código de derecho privado, se busca mejorar y actualizar el Código civil vigente. Y que se conservarían las normas actuales que no necesitasen actualización. Pero no hay tal. Basta comparar el artículo 7° del proyecto, con los artículos 8° y 48° de la codificación actual. En los dos últimos, la claridad, la concisión y la lógica son garantía de una adecuada integración en caso de lagunas de la ley. Pregunto: ¿qué sentido tiene derogar normas bien estructuradas que han cumplido su función, si las de reemplazo no logran mejorarlas y, por el contrario, tornan todo incoherente?

- 26. Los precedentes jurisprudenciales obligatorios.** Finalmente, el artículo 7° del proyecto establece que *“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en lo de su competencia, deberá ser acatada por los jueces y magistrados, quienes, según el caso, podrán apartarse de la jurisprudencia, exponiendo, de manera clara y expresa, los motivos que justifiquen la separación”.*

Este párrafo reitera la doctrina del precedente obligatorio que, con base en el artículo 230 de la Carta, estableció la Corte Cons-

titucional. Yo he sido crítico radical de esta interpretación que del artículo 230 de la Carta hizo la Corte. En ese sentido puede verse la obra, *El precedente judicial en Colombia*¹⁴, y mi obra *La Decisión judicial*¹⁵

CONCLUSIONES

Llegados al final de esta exposición, llegamos a las siguientes conclusiones:

- a) El proyecto de código de derecho privado establece dos metodologías diferentes y excluyentes, para la hermenéutica del derecho privado. De un lado, consagra una interpretación valorista en la cual, las normas de la Carta Política priman sobre las normas legales del derecho civil y comercial. En ese orden de ideas, los jueces partidarios del activismo judicial podrán desconocer normas legales que, aunque conformes con la Constitución, pueden ser desventajosas para una de las partes dentro de un proceso. Para lograrlo, les basta aplicar directamente una norma constitucional abierta y categórica que, semánticamente hablando, se diferencia de las normas de orden legal. A esta conclusión se llega mediante los artículos 2º y 3º, según los cuales, las normas constitucionales tienen preferencia hermenéutica frente a las del proyecto de código.
- b) Pareciera ser que la intención de los redactores del proyecto es establecer en forma rotunda la constitucionalización del derecho privado. Sin embargo, dicho fenómeno no se logra aplicando directamente los principios de la Constitución, lo que es imposible en la práctica, sino mediante normas legales del derecho civil y comercial que establecen restricciones necesarias a los principios de la Constitución con el fin de que todos esos principios puedan servir en mayor o menor medida, como derechos o deberes de todos los individuos. Es decir, que todos tengamos derechos constitucionales restrin-

14 Tamayo Jaramillo Javier y Jaramillo J. Carlos Ignacio, Ed. U. Javeriana y Ed. Ibáñez, 2012.

15 Ob. cit., T.II, n. 65 s.s.

gidos con el fin de que los demás también puedan gozar de los mismos y deban respetar los nuestros. Si los principios constitucionales se aplicaran directamente en forma categórica, su funcionamiento sería imposible debido a los numerosos conflictos que se presentarían entre todos sus titulares. El oficio de la ley es regular el ejercicio pacífico e igualitario de esos derechos. Por ese motivo, todos los autores están de acuerdo en que los códigos de derecho privado son indispensables para la supervivencia de la Constitución misma.

Podemos afirmar entonces, que la constitucionalización del derecho privado consiste en que sus normas son restricciones razonables que no aniquilan el espectro de los principios de la Constitución. Ese fenómeno no es pues, la aplicación directa de la Carta Política.

- c) Pero, por otra parte, los artículos 4º a 7º del proyecto, aunque conservan algunos vestigios de la interpretación valorista, en su conjunto, consagran la hermenéutica clásica de nuestros antiguos códigos, aunque con una redacción deficiente e incoherente. Si se leen detenidamente, se verá que en ellos se consagran los criterios gramatical, teleológico, contextual, histórico y axiológico. Y, en el fondo, establecen que si la norma es semánticamente clara y no contraría la Constitución, se deberá aplicar. Es decir, que las normas claras regulan los casos fáciles, sin necesidad de acudir a los demás criterios de interpretación. Y los demás criterios servirán como auxiliares para resolver los llamados casos difíciles debido a vacíos, contradicciones y vaguedades de la norma interpretada.
- d) En mi concepto, como ambos métodos son incompatibles por la forma como están redactados los artículos 2º y 3º, y la Constitución no se puede aplicar directamente, por encima de las normas del Código, lo recomendable es mantener, con una redacción y contenido más depurados, los artículos 4º a 7º. Incluyendo una disposición que establezca que las normas del Código deben ser restricciones razonables que no desconozcan los principios constitucionales.

MANUAL DE
HERMENÉUTICA JURÍDICA

Tabla de contenido

Prólogo.....	21
Introducción.....	27
ADVERTENCIA AL LECTOR.....	27
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	28
2. PLAN.....	33

Sección I

Teorías sobre la interpretación jurídica

3. INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA O LINGÜÍSTICA.....	35
4. INTERPRETACIÓN VALORISTA DE DWORKIN.....	37
5. INTERPRETACIÓN COMO ARMA DE LUCHA POLÍTICA.....	45

Sección II

Estudio crítico del derecho considerado como la realización de los valores, principios y derechos fundamentales

6. EN QUÉ CONSISTE ESTA TEORÍA.....	49
7. DIEGO LÓPEZ Y LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA-VALORISTA.....	50
8. SÍNTESIS DE LA TELEOLOGÍA AXIOLÓGICA SUPREMA.....	51

9.	CRÍTICA A LA DOCTRINA TELEOLÓGICA VALORATIVA DE LÓPEZ MEDINA	52
10.	IMPOSIBILIDAD DE INTERPRETAR UNA NORMA AISLADA TENIENDO COMO FINALIDAD INMEDIATA LOS VALORES SUPREMOS DE LA CONSTITUCIÓN.....	52
11.	DE TODAS FORMAS SE REQUIERE LA INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA	55
12.	CONCEPTO ERRÓNEO DE INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICO-VALORISTA...	56
13.	ADECUADA INTERPRETACIÓN DE LA TEORÍA FINALISTA O TELEOLÓGICA	59
14.	CONCLUSIÓN SOBRE LA TEORÍA VALORISTA DE LÓPEZ MEDINA.....	65

Sección III

Justificación de la interpretación semántica en el positivismo discrecional o inclusivo

15.	EN QUÉ CONSISTE ESTA TEORÍA	67
16.	QUÉ ES EL POSITIVISMO JURÍDICO	68
17.	EL POSITIVISMO SUPONE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA ORGANIZADO	69
18.	ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO POSITIVISMO IDEAL.....	71
19.	EL ESTADO SOCIAL Y EL ESTADO DE DERECHO DEBEN RESPETARSE MUTUAMENTE	72
20.	ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO	73
21.	VALORES DEL POSITIVISMO.....	74
22.	INSUFICIENCIA DEL POSITIVISMO O FORMALISMO INGENUO.....	79
23.	LA INTERPRETACIÓN LINGÜÍSTICA ES DEFENDIDA INCLUSIVE POR DOCTRINAS QUE NO SON POSITIVISTAS PURAS	80
24.	POSITIVISMO Y VALORES EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA INTERPRETACIÓN	81

TABLA DE CONTENIDO

25.	CONFUSIONES CREADAS POR ALGUNOS ANTIPOSITIVISTAS.....	83
26.	LA CREACIÓN DEL DERECHO POR PARTE DEL JUEZ SEGÚN EL POSITIVISMO.....	84
27.	CONCLUSIÓN PROPIA SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO	90

Sección IV

Breves nociones sobre la interpretación como método de conocimiento de los objetos culturales

28.	CLASIFICACIÓN DE LOS OBJETOS Y SU MÉTODO DE CONOCIMIENTO	93
29.	OBJETOS IDEALES, NATURALES Y METAFÍSICOS	94
30.	OBJETOS CULTURALES.....	97
31.	¿CÓMO SE DESENTRAÑA Y SE CAPTA EL SIGNIFICADO Y EL VALOR DE LOS OBJETOS CULTURALES?.....	104
32.	EL DERECHO COMO OBJETO CULTURAL EGOLÓGICO Y OBJETIVADO	107
33.	DIVERSOS TIPOS DE INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA EN GENERAL	107
34.	DIFERENCIA ENTRE VALOR Y SIGNIFICADO	116

Sección V

El método de la comprensión o interpretación lingüística del derecho y su aplicación en las decisiones judiciales

35.	BASES EPISTEMOLÓGICAS PARA UNA INTERPRETACIÓN LINGÜÍSTICA ...	119
36.	LA COMPRESIÓN COMO MÉTODO GNOSEOLÓGICO DEL DERECHO COMO LENGUAJE, Y LA CAPACIDAD CREADORA DEL JUEZ.....	120
37.	EL JUEZ CREADOR LIMITADO DE DERECHO.....	125
38.	LA SENTENCIA COMO CREACIÓN DE DERECHO	125
39.	DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LAS PALA- BRAS DE LA NORMA, DEL OBJETIVO O FIN DE LA NORMA Y DESCUBRI	

	MIENTO DEL VALOR DE LA NORMA.....	130
40.	DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN NORMATIVA.....	137
41.	OPINIÓN DE RICARDO GUASTINI	143

Sección VI

La interpretación, la coherencia y la integración jurídicas en el derecho colombiano

42.	PLAN	147
-----	------------	-----

Subsección I

Principios generales que rigen la interpretación del derecho colombiano

43.	COMPLEJO DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.....	148
44.	NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY EN EL DERECHO COLOMBIANO	149
45.	LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN SE APLICAN TANTO A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES COMO A LAS LEYES Y A OTRAS NORMAS DE RANGO INFERIOR.....	150
46.	ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN.....	152
47.	PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN EN LAS LEYES CIVILES.....	153
48.	EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN .	153
49.	LA INTERPRETACIÓN CONFORME EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	157
50.	SENTENCIA S.U. 1122/01	157
51.	SENTENCIA SU 1122/01 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, DE SEPTIEMBRE VEINTISÍS (26) DE DOS MIL UNO (2001).....	171

Subsección II
La interpretación del derecho colombiano
en los casos fáciles

52.	CUÁNDO UN CASO ES FÁCIL	178
53.	NO SE PUEDE DESCONOCER COMO PRINCIPIO GENERAL, EL TEXTO DE LA LEY SO PRETEXTO DE CAMBIOS AXIOLÓGICOS DE LA SOCIEDAD.	180
54.	EL SIGNIFICADO SEMÁNTICO DE LAS NORMAS PUEDE VARIAR POR LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD	181
55.	EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL ACEPTA LA TESIS ANTERIOR	185
56.	CUANDO EL TEXTO ES CLARO SE APLICA DE ACUERDO CON SU SIGNIFICADO OBJETIVO Y VIGENTE AL MOMENTO DE FALLAR..	186
57.	LA LEY POR CLARA QUE SEA NO SE APLICA SI DE ELLO SE DERIVA UNA DECISIÓN MONSTRUOSA (APLICACIÓN DE LA EQUIDAD).....	187
58.	LA PRIMERA TAREA DEL JUEZ CONSISTE EN DETERMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA APARENTEMENTE APLICABLE	190
59.	A VECES UNA NORMA ES CLARA Y A VECES NO, DEPENDIENDO DE LOS HECHOS DEL CASO CONCRETO	192
60.	INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS	192
61.	LA REGULACIÓN DE LOS CASOS FÁCILES EN EL DERECHO COLOMBIANO	196
62.	EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO	197
63.	LA INTERPRETACIÓN CONFORME.....	198
64.	TEXTO NORMATIVO CLARO.....	199
65.	UBICACIÓN DE LA NORMA CLARA DENTRO DE UN CONTEXTO O SISTEMA	208
66.	CONCLUSIÓN SOBRE LOS CASOS FÁCILES.....	210

Subsección III

La interpretación del derecho en los casos difíciles

67. CUÁNDO UN CASO ES DIFÍCIL.....212

I

La interpretación del derecho en los casos difíciles por oscuridad,
vaguedad, contradicción o ambigüedad de las normas

68. ALGO MÁS SOBRE LA NATURALEZA DE LOS
CASOS DIFÍCILES U OSCUROS.....213

69. DISCRETIONALIDAD LIMITADA DEL JUEZ EN LOS CASOS DIFÍCILES214

70. SOLUCIÓN DE LOS CASOS OSCUROS O DIFÍCILES
EN EL DERECHO COLOMBIANO215

71. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSAGRADOS EN EL
ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN.....215

72. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN217

73. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CASOS OSCUROS
SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL217

74. LA LEY 153 DE 1887 INTRODUJO NUEVAS PAUTAS
DE INTERPRETACIÓN218

75. APLICACIÓN PRÁCTICA DE ESTOS PRINCIPIOS.....219

76. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO.....219

77. INTERPRETACIÓN CONFORME219

78. MÉTODO SISTEMÁTICO O CONTEXTUAL220

79. LA ANALOGÍA222

80. ESPÍRITU DE LA LEY O DEL LEGISLADOR224

81. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL230

82. LA EQUIDAD234

TABLA DE CONTENIDO

83.	LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO NATURAL.....	236
-----	---	-----

II

Interpretación del derecho en caso de antinomias o normas contradictorias (conservación del principio de coherencia)

84.	EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO	246
85.	REQUISITOS PARA QUE HAYA ANTINOMIA JURÍDICA	247
86.	ANTINOMIAS APARENTES.....	248
87.	ELIMINACIÓN DE LAS VERDADERAS ANTINOMIAS MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN	249
88.	ANTINOMIA POR CONFLICTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (EL PRINCIPIO DE PONDERACIÓN)	251
89.	SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS CUANDO NO ES POSIBLE RESOLVERLAS MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN.....	252
90.	NORMA DE RANGO SUPERIOR PRIMA SOBRE LA DE RANGO INFERIOR...252	
91.	LEY POSTERIOR DEROGA LA ANTERIOR	253
92.	LA LEY ESPECIAL PRIMA SOBRE LA GENERAL	254
93.	NORMA ESPECIAL POSTERIOR Y NORMA GENERAL ANTERIOR.....	255
94.	NORMAS CON IGUAL NIVEL DE JERARQUÍA, DE ESPECIALIDAD O GENERALIDAD Y PUESTAS EN VIGENCIA AL MISMO TIEMPO.....	255
95.	CONTRADICCIONES DENTRO DE UNA MISMA NORMA	256
96.	NORMAS CON IGUAL NIVEL DE GENERALIDAD O ESPECIALIDAD PERO PERTENECIENTES A DIFERENTES CÓDIGOS DE LA MISMA JERARQUÍA	256
97.	NORMAS QUE CAMBIAN LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.....	257

III

Los criterios de integración del derecho
en caso de lagunas normativas

98.	EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE PLENITUD DEL DERECHO.....	259
99.	LAGUNAS NORMATIVAS Y LAGUNAS AXIOLÓGICAS.....	260
100.	CRÍTICA A LA TEORÍA DE LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS ESPECIALMENTE A LA TEORÍA DE DWORKIN	261
101.	LA INTERPRETACIÓN COMO MEDIO DE CONSTATAR LA EXISTENCIA DE UNA LAGUNA.....	263
102.	CUANDO SE LLENA UNA LAGUNA SE CREA UNA NUEVA NORMA.....	268
103.	TIPOS DE LAGUNAS NORMATIVAS O PROPIAS	269
104.	CÓMO SE LLENAN LAS LAGUNAS EN EL DERECHO COLOMBIANO	272
105.	EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO (DOCTRINA CONSTITUCIONAL).....	272
106.	PRIMACÍA DE LA ANALOGÍA	273
107.	LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL	274
108.	LOS PRINCIPIOS (REGLAS) GENERALES DEL DERECHO.....	275
109.	LA COSTUMBRE ACORDE CON LA MORAL CRISTIANA.....	275

Sección VII

**Análisis especial de la equidad, los principios
constitucionales y generales del derecho, y la analogía
como instrumentos de aplicación del derecho**

110.	CAMPO DE APLICACIÓN	285
111.	PLAN	285

TABLA DE CONTENIDO

Subsección I

Principios constitucionales e infraconstitucionales del derecho

112.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	286
113.	EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO NO SON INCOMPATIBLES CON LA DOCTRINA DE LOS PRINCIPIOS, AUN LOS AXIOLÓGICOS	287
114.	¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS?	290
115.	CLASES DE PRINCIPIOS	291
116.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	292
117.	PRINCIPIOS INFRACONSTITUCIONALES	293
118.	PLAN	294

I

Los principios constitucionales

119.	DEFINICIÓN	294
120.	DIFERENCIA ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y REGLAS	295
121.	CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	298
122.	LOS PRINCIPIOS, LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA	303
123.	NO EXISTE UNA JERARQUÍA A PRIORI DE PRINCIPIOS	306
124.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, DERECHOS FUNDAMENTALES, MORAL Y DERECHO NATURAL	306
125.	LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LOS CASOS DIFÍCILES	314
126.	LOS PRINCIPIOS Y LA SUBSUNCIÓN O SILOGISMO JURÍDICO	315

II

Los principios infraconstitucionales

127. PRINCIPIOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS.....317

A

Principios jurídicos explícitos

128. EN QUÉ CONSISTEN LOS PRINCIPIOS EXPLÍCITOS.....318

B

Principios implícitos o generales del derecho

129. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....320

130. ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO
(¿DEL DERECHO POSITIVO O DEL DERECHO NATURAL?).....322

131. POSICIÓN PROPIA.....324

132. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....326

133. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SON NUEVAS NORMAS QUE
SE CREAN A PARTIR DE NORMAS DEL SISTEMA, QUE IRRIGAN UNA
CIERTA FINALIDAD, O UN DETERMINADO VALOR326

Subsección II

La equidad

134. LA EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIONES JUSTAS
O DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO327

135. ¿QUÉ ES LA EQUIDAD SEGÚN ARISTÓTELES?.....328

136. OTRAS CONCEPCIONES DE LA EQUIDAD.....330

137. ¿CUÁL ES EL CRITERIO VIGENTE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA?..331

138. POSICIÓN DE LUIS RECASENS SICHES SOBRE LA EQUIDAD332

139. CRÍTICA A RECASENS SICHES.....336

140. LA EQUIDAD ARISTOTÉLICA SÓLO ES FACTIBLE DENTRO
DE UNA INTERPRETACIÓN FORMALISTA A ULTRANZA.....337

TABLA DE CONTENIDO

141.	LA EQUIDAD ARISTOTÉLICA Y LA TEORÍA DE LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA DE DWORKIN	339
142.	¿ES FACTIBLE EN EL DERECHO COLOMBIANO LA CONCEPCIÓN ARISTOTÉLICA DE EQUIDAD?	340
143.	OTROS SIGNIFICADOS DE LA EQUIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO.	343
Subsección III		
La analogía		
144.	QUÉ ES LA ANALOGÍA JURÍDICA	346
145.	ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN	347
146.	EN QUÉ CONSISTE LA IDENTIDAD DE RAZONES O DE <i>RATIO LEGIS</i>	351
147.	DIFERENCIA ENTRE LA CREACIÓN ANALÓGICA Y LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA	354
148.	LAS RELACIONES ENTRE LA ANALOGÍA Y EL ARGUMENTO A <i>CONTRARIO</i>	357
149.	LA ANALOGÍA EN MATERIA PENAL	359
150.	LA ANALOGÍA Y LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA EN MATERIA PENAL SEGÚN ENRIQUE BACIGALUPO	361

Sección VIII

La interpretación constitucional

151	.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PLAN	363
-----	--	-----

Subsección I

Teorías que afirman la diferencia entre la interpretación constitucional y la legal

152.	PRINCIPIO BÁSICO DE ESTA TEORÍA	364
------	---------------------------------------	-----

153.	DIFERENCIA ENTRE CONSTITUCIÓN MATERIAL Y CONSTITUCIÓN NORMATIVA SEGÚN SCHMITT	364
154.	INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN, SEGÚN R. SMEND.....	365
155.	CRÍTICA A LAS TEORÍAS DE SCHMITT Y SMEND	369
156.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN DWORKIN.....	371
157.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SEGÚN WRÓBLEWSKI	374
158.	TESIS DE GERARDO MONROY CABRA.....	376
159.	CRÍTICA AL PROFESOR MONROY CABRA	381

Subsección II

La interpretación constitucional y legal son epistemológicamente hablando, iguales

160.	PLANTEAMIENTO DE ESTA TEORÍA	395
161.	ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA IDENTIDAD ENTRE LA INTERPRETACIÓN LEGAL Y LA CONSTITUCIONAL	396
162.	EL JUEZ CONSTITUCIONAL NO PUEDE INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN SIGUIENDO SUS ÍNTIMAS CONVICCIONES, SINO DE ACUERDO CON LAS CONCEPCIONES DE LA SOCIEDAD DE LA CUAL ES JUEZ	400
	Bibliografía	403
	Índice de materias	409
	Índice onomástico	423

Prólogo

Parece mentira, pero la hermenéutica jurídica, el máspreciado tesoro de las instituciones jurídicas, ha rodado como bien mostrenco por todas las facultades de derecho del país, sin que nadie quiera apropiarse seriamente de su conocimiento y enseñanza. Desde mis épocas de estudiante, siempre se le ha tenido como una asignatura postergada, a la que todo el mundo le saca el cuerpo, pese a que nadie discute su importancia práctica. Hay la sensación de que estamos en presencia de una institución inasible debido a las dificultades lógicas y epistemológicas que suscita y a la casi total ausencia de doctrina y de jurisprudencia nacionales. Adicionalmente, he descubierto que la disciplina sólo es abordable por quién tenga conocimientos teóricos y prácticos de la ciencia jurídica. Alguna vez le escuché decir en clase a mi venerado maestro MIGUEL MORENO JARAMILLO, que lo que distinguía al abogado, del jurista, era el manejo adecuado de las normas y principios sobre hermenéutica. La falencia actual no sería tan grave si no fuera porque a cada momento el operador jurídico debe enfrentar lagunas jurídicas o normas confusas, contradictorias o vagas que debe interpretar para saber cuál es el derecho que rige su caso concreto. La interpretación jurídica es el disolvente que permite la sistematización, la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico como totalidad. No conocer sus principios es dejar la ciencia jurídica a mitad de camino, ya que a menudo nos encontramos con casos difíciles que no se resuelven si no es con el auxilio de las normas sobre hermenéutica. Sin esta, lo demás no es más que el conocimiento de un reguero de normas inconexas e inaplicables por sí solas.

Por todo lo anterior, pese a mis limitaciones en un tema tan difícil, desde hace muchos años he tenido la ilusión de redactar un manual de hermenéutica jurídica. Muy sinceramente confieso que ahora que veo realizado ese sueño, me hallo con un material que solo puede tener la ambición de plantear ordenadamente los múltiples problemas que la materia genera. Estoy seguro de que las soluciones que propongo frente a cada uno de los problemas planteados, serán objeto de implacables pero certeras objeciones por parte de los especialistas. Es eso lo que busco, pues mientras no haya alguien que plantee ordenadamente la discusión, así sea con argumentos erróneos, la disciplina no arranca, y cada quien guardará para sí valiosos conceptos que hoy son solo de cafetería, y que mucho ayudarían a estructurar un estudio serio sobre tema tan importante. De seguro, la mayoría de especialistas nacionales estarán en contra de muchos de mis conceptos, pero no es en estos últimos donde pretendo la importancia de mis apuntes. Lo verdaderamente importante radica en que dichos especialistas encontraran planteados por primera vez, la mayoría de los problemas a los que nos vemos abocados diariamente los operadores jurídicos colombianos y extranjeros. Es decir, sistematizar la materia. ¡Que cada quien resuelva esos problemas para estructurar, de esta manera, una rica doctrina hermenéutica! De eso se trata.

Pero, ¿a qué se debe el abandono de la hermenéutica jurídica en Colombia?

Son varias las causas, de entre la cuales enumero algunas:

a) Materia de “relleno”.

Ante la dificultad de conseguir profesores conocedores de la materia, los decanos o directores académicos optan por dejar la asignatura en manos de profesores inexpertos, generalmente recién egresados, que simplemente enseñan asuntos más o

menos relacionados con la disciplina, pero que no penetran en la legislación vigente en nuestro ordenamiento jurídico, verdadero objeto de la asignatura. En esa forma, los estudiantes salen de las facultades con una carencia total de conocimientos necesarios para resolver los llamados casos oscuros por falta de normas aplicables o por vaguedad de las normas existentes que deben aplicar en un caso concreto. Mejor dicho, no se les enseña hermenéutica jurídica.

- b) Teorías abstractas desconectadas de las normas colombianas sobre la materia

En otras oportunidades la materia les es asignada a profesores de gran formación teórica sobre filosofía hermenéutica, pero carentes de una adecuada formación para la enseñanza de la jurisprudencia constitucional y legal, y de las normas constitucionales y legales vigentes y aplicables como derecho positivo en nuestro país. Dicho de otra forma: se enseña filosofía hermenéutica pero no se enseñan las normas y principios vigentes en nuestro sistema jurídico, lo que constituye una omisión inadmisible, si queremos formar verdaderos juristas. ¿De qué sirve saber lo que piensan DWORKIN o RECASENS SICHES sobre la interpretación, si no se conocen las normas colombianas que regulan la materia?

- c) Enseñanza de los métodos

Aún recuerdo que mi profesor de hermenéutica jurídica nos enseñó prolijamente la totalidad de los métodos de interpretación propuestos por la doctrina a lo largo de la historia del derecho comparado. Fue un magnífico aprendizaje enciclopédico de la metodología hermenéutica. Pero la práctica profesional me enseñó que algunos de esos métodos no eran aplicables en Colombia, y que los que sí estaban consagrados en la ley, estaban

jerarquizados, y solo eran aplicables bajo determinadas condiciones y en determinados casos. En consecuencia, habíamos quedado a mitad de camino en nuestra cátedra. El problema seguía siendo el mismo: el desconocimiento de nuestro ordenamiento jurídico sobre hermenéutica.

d) El antipositivismo

Pero en la actualidad asistimos a una verdadera cruzada contra el positivismo jurídico, basada en teorías antisemánticas como la de DWORKIN y la del nuevo derecho. Aparentemente estas doctrinas, de gran aceptación en nuestras facultades de derecho, son suficientes por sí solas, sin necesidad de recurrir a la interpretación semántica, pues el juez está, según ellas, en la obligación de aplicar la única solución correcta, así sea dejando de lado las normas o precedentes positivos vigentes. Pero hay allí una peligrosa equivocación. En efecto, como lo explicaré prolijamente en la primera sección de esta obra, aun estas teorías antisemánticas parten de un presupuesto inamovible: el conocimiento previo de las normas vigentes, para luego valorarlas y así poder decidir si las aplican como están o si crean otras que las modifiquen total o parcialmente. Por lo tanto, quienes se contenten con enseñar a DWORKIN, por ejemplo, están en la obligación moral de enseñarlo en su totalidad. En esa forma verán que en lo que el autor denomina “*etapa preinterpretativa*” es indispensable acudir a la hermenéutica tradicional o positivista. En consecuencia, también los antipositivistas que enseñan hermenéutica jurídica deben enseñar las normas positivas que en Colombia regulan la interpretación jurídica. No hacerlo es faltar a la honestidad académica que obliga a exponer la totalidad de los argumentos para justificar o demostrar la validez de una determinada doctrina.

Y como si fuera poco, los enemigos de la interpretación legal o formalista han caído en un formalismo todavía más rígido, cual es el del precedente obligatorio. Pues bien, no se crea que el precedente obligatorio se puede aplicar literalmente como si fuera un simple silogismo. También dicho precedente debe ser interpretado, porque está sometido a las mismas falencias y dolencias del lenguaje normativo. Un precedente puede tener lagunas, ser contradictorio, injusto o confuso, y entonces, al juez que lo aplica o el doctrinante que lo interpreta, no le cabe más remedio que acudir a las normas que en nuestro ordenamiento jurídico regulan la interpretación legal y constitucional. Así sabrán si lo acogen o lo rechazan.

Como se puede observar, el correcto aprendizaje de la hermenéutica jurídica debe pasar por dos estadios inseparables: por un lado, la filosofía de la hermenéutica, tema en el cual cada enseñante es libre de asumir la posición que a bien tenga, siempre y cuando analice imparcialmente las demás doctrinas y justifique la de su preferencia. Y del otro, cualquiera sea la doctrina filosófica que se adopte, es imprescindible la enseñanza crítica de las normas positivas que en nuestro ordenamiento jurídico regulan la interpretación de las normas, no solo para los casos fáciles cuando la norma es clara, sino también para los casos difíciles, cuando hay lagunas o normas confusas. Omitir esta segunda etapa, constituye un enorme engaño para los estudiantes de derecho.

Pero este manual no se agota en las dos etapas anteriores, sino que se detiene en el análisis profundo de algunas instituciones propias de toda hermenéutica jurídica. Algunas de ellas son de una complejidad insospechada y por lo tanto, es conveniente que el operador jurídico en ge-

neral conozca sus fundamentos esenciales, pues no de otra forma podrá interpretar las normas objeto de su actividad. Instituciones como la coherencia, la plenitud del orden jurídico, la analogía, la equidad, los principios generales y constitucionales del derecho, la contitucionalización del derecho y la interpretación constitucional, embargan actualmente la atención de todos los tratadistas sobre la hermenéutica jurídica.

Es preciso en consecuencia, que nuestras facultades de derecho entiendan que la hermenéutica jurídica es tal vez el eje fundamental en la formación de verdaderos juristas. Es la asignatura que les brinda instrumentos para conocer en profundidad las normas positivas o jurisprudenciales que constituyen el objeto de su trabajo. Es hora de iniciar la sistematización doctrinal y jurisprudencial de la materia, y de formar profesores que conozcan no solo filosofía del derecho, sino también, que sepan aplicar los principios hermenéuticos del derecho positivo que se enseña en nuestras facultades.

En Medellín, enero 14 de 2013

Javier Tamayo Jaramillo

Tamajillo@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

ADVERTENCIA AL LECTOR

Las tres primeras secciones de este trabajo están orientadas al estudio del problema filosófico del objeto de la hermenéutica jurídica. Se trata de averiguar si esta se agota con el descubrimiento o comprensión del significado o sentido semántico de los textos normativos o, si por el contrario, además de ese conocimiento semántico, es indispensable avanzar un paso más, para tener una visión axiológica o valorativa de una norma o conjunto de normas y, con base en esa visión, conservar la o las normas que se interpretan, o modificarlas total o parcialmente con miras a la obtención de la solución que al juez del caso le parezca correcta o justa.

Las secciones posteriores están consagradas a la técnica jurídica que le permite al operador jurídico conocer y aplicar los principios y normas constitucionales y legales que rigen en el derecho colombiano, para una adecuada y correcta interpretación de todas las normas que conforman el sistema jurídico nacional.

Como se verá a continuación, la interpretación semántica es indispensable en todas y cada una de las teorías existentes sobre la hermenéutica jurídica. Por lo tanto, si el lector lo desea, bien puede abordar directamente la segunda parte, que es la que concierne en síntesis a quien se limite a actuar como intérprete y aplicador del derecho positivo vigente. No es que la primera parte no tenga importancia. La

tiene y mucha. Lo que acontece es que, como en toda disciplina, en el derecho existen los teóricos o filósofos para quienes su objeto de estudio está constituido por los principios universales de una determinada disciplina, en este caso la hermenéutica, y existen los operadores prácticos a quienes interesa conocer los instrumentos indispensables para resolver un problema concreto. Estas notas, en conjunto, abordan ambos problemas, sin que el primero sea absolutamente indispensable para el estudio del segundo.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A cada una de las vertientes teóricas sobre la naturaleza del derecho, corresponde una consecuente manera de interpretarlo, es decir, de conocerlo¹. La hermenéutica es la metodología del conocimiento de los objetos culturales, entre ellos el derecho. *Para quienes aceptamos que el derecho está conformado por normas eficaces*, en mayor o menor medida, que pretenden la realización de unos valores, la hermenéutica o interpretación jurídica (para efectos de este trabajo los dos términos son sinónimos) consiste en desentrañar o comprender el significado de dichas normas y de las conductas regidas por ellas.

Pero no es esta la única teoría sobre el concepto de hermenéutica jurídica. En efecto, en la actualidad hay unas corrientes antisemánticas que conciben la interpretación jurídica como el descubrimiento de los valores que contienen y deben contener las normas o los precedentes vigentes, con miras a la aplicación de soluciones justas para cada caso concreto, independientemente de lo que digan dichas normas o precedentes. Como veremos, existen muchas variables de esta doctrina, entre ellas la de la interpretación creativa o constructiva de DWORKIN², y la

1 Tamayo Jaramillo, Javier, *La decisión judicial*, t. I. cap. segundo.

2 Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa, p. 57

que concibe la interpretación jurídica como la aplicación de los valores constitucionales de acuerdo con determinada ideología política como, por ejemplo, la que propone la lucha de clases a partir del activismo de los jueces³. En estas doctrinas valoristas o antisemánticas el intérprete no tiene inconveniente en prescindir del contenido lingüístico de la norma si de lograr la solución axiológica a la cual quiere llegar, se trata.

Este estudio partirá de la aceptación de la doctrina semántica de la interpretación, sin que por ello niegue la validez imperativa de las disposiciones que consagran valores, ni la discrecionalidad limitada del juez en la hermenéutica semántica de las normas, ni la apreciación axiológica total o parcial en los casos difíciles.

Pero aunque parezca paradójico, también las escuelas valoristas requieren del hallazgo del significado semántico del lenguaje jurídico con el fin de que todos los individuos que participan en la discusión sobre la interpretación valorista de ese lenguaje, estén de acuerdo en el contenido semántico del mismo. Sin ese acuerdo previo sobre el significado del lenguaje jurídico, aun la hermenéutica jurídica valorista, es imposible. A esa primera etapa semántica la denomina DWORKIN, la

3 Estas doctrinas, aunque también están inspiradas en valores, en realidad lo que buscan es convertir la interpretación jurídica en un arma de lucha política mediante la cual lo que se pretende es lograr decisiones judiciales que obedezcan a una ideología determinada, sin importar cuáles sean los valores consagrados positivamente en la Constitución y la ley. Interesa que el juez vuelva realidad social o judicial, lo que está de acuerdo con la ideología que él quiere imponer por medio de sus decisiones. Lo que interesa es utilizar la actividad judicial como un instrumento de lucha política para poco a poco, ir ganando terreno en la apropiación del poder, lo que a la larga conduce al aniquilamiento de los poderes ejecutivo y legislativo, como ocurre actualmente en Colombia como consecuencia de las sentencias de gran impacto político y mediático, de la Corte Constitucional. Dentro de estas escuelas están la del uso alternativo del derecho, el realismo jurídico, los estudios críticos del derecho y el nuevo derecho. Ver Tamayo Jaramillo, *La decisión judicial*, t. I, cap. Segundo, ed. Diké, Medellín, 2012.

“preinterpretación”⁴.

En ese sentido el autor expresa:

“El derecho no puede florecer como una empresa interpretativa en cualquier comunidad a menos que exista un acuerdo inicial suficiente sobre cuáles son las prácticas legales de modo que los abogados discuten sobre la mejor interpretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea. Ese es un requisito práctico de cualquier empresa interpretativa: sería inútil que dos críticos discutieran sobre la mejor interpretación de un poema si una tiene en mente el texto de “Sailing to Byzantium” y el otro, el de “Mathilda Who Told Lies”. No me refiero a que todos los abogados de todas partes deban siempre estar de acuerdo sobre cuáles son exactamente las prácticas que deben contar como prácticas legales sino a que los abogados de cualquier cultura donde triunfe la actitud interpretativa deben estar de acuerdo en la misma época, sea cual fuere. Todos entramos en la historia práctica interpretativa en un punto particular: el acuerdo interpretativo necesario es en cierta forma contingente y local”⁵.

En conclusión, todas las teorías de la interpretación del derecho (semánticas, valoristas y escépticas) deben pasar por la comprensión del significado de las normas jurídicas y su sistema, solo que la interpretación valorista no se detiene en ese primer paso, como sí lo hace, en principio, el positivismo jurídico. Así las cosas, todo aprendizaje de hermenéutica jurídica de un orden jurídico concreto, emprendido por profesores, estudiantes, jueces y abogados, debe contemplar el análisis

4 Dworkin R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 57

5 Dworkin, ob. cit., p. 74.

de las normas constitucionales y legales que regulan la interpretación semántica. Para los valoristas, por ejemplo, es esa la única manera de conocer el significado del material normativo sobre el cual van a discutir para poder valorarlo luego, y así decidir si lo mantienen o lo mejoran. La misma Corte Constitucional acude a menudo a tales principios de interpretación semántica así sea para hacer luego una interpretación valorista en la sentencia. Ignorar este requisito impide a los partidarios de la tesis valorista entender y aplicar dicha doctrina en la práctica profesional. Pensar exclusivamente en la valoración de un material que se ignora conduce a una visión academicista y filosófica de la interpretación que, desde luego, perjudica a quienes partidarios de cualquiera de las dos doctrinas en contienda, pretendan actuar como operadores jurídicos, con las normas vigentes⁶. En consecuencia, los principios positivos (constitucionales o legales) sobre hermenéutica jurídica son absolutamente indispensables para que los operadores jurídicos sepan en un momento dado, cuál es la norma aplicable, cómo se interpreta, y si es del caso, cómo se valora. Posteriormente, si se acepta una interpretación valorista, como la de DWORKIN, como la neoconstitucionalista o como la del nuevo derecho, el intérprete pasará a la segunda etapa, que es la de la “interpretación” axiológica de esas normas o “prácticas legales”, como las denomina DWORKIN⁷. Lamentablemente en las últimas décadas, nuestras facultades de derecho han descuidado este aprendizaje sobre aplicación de tales principios, muchas veces, en su lucha radical contra el positivismo jurídico y con la idea de enseñar solamente las doctrinas valoristas, como si estas consistieran en cerrar los ojos frente a las normas positivas para, en su lugar, buscar la solución más justa para el caso concreto, lo que, como vimos, es un error craso, como

6 Dworkin, ob.cit., p. 74

7 Dworkin, ob. cit., P. 74.

lo afirma el mismo DWORKIN⁸. Podríamos decir que la diferencia entre abogados y juristas radica en el conocimiento o ignorancia de estos principios constitucionales y legales sobre hermenéutica. Conozcámoslos, y si el intérprete es partidario de la teoría valorista, que después de conocido el significado de las normas que regulan un caso concreto, lo valore y si lo considera necesario, lo cambie, como lo propone el autor citado⁹.

Pero las cosas van más allá: los partidarios del precedente jurisprudencial obligatorio ingenuamente olvidan la hermenéutica semántica al creer que el precedente resuelve todos los problemas de interpretación. Nada más equivocado. El precedente, por mas obligatorio que sea está redactado con letras, palabras y frases, las que, igual que sucede con las leyes, son insuficientes para arrojar claridad total en un momento dado. Los magistrados de las altas cortes son seres humanos que se equivocan. La misma Corte Constitucional reitera que el precedente obligatorio puede ser desconocido en ciertos casos. Así las cosas, irremediablemente los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la medida en que son obras del hombre, deben ser interpretados semánticamente. Una sentencia puede ser confusa, contradictoria, injusta, o contener lagunas. La solución de esas dificultades solo se consigue aplicando las normas constitucionales y legales sobre la materia.

Ahora bien, como es apenas lógico, la concepción que se tenga sobre la interpretación jurídica está hondamente relacionada con la concepción asumida por el intérprete en relación con la naturaleza o ser del derecho. Los defensores de la interpretación semántica pertenecen sin duda alguna al positivismo jurídico en sus distintas versiones, entre ellas la que no excluye la existencia de la idea del derecho natural.

8 Dworkin, ob. cit., p. 74.

9 Dworkin, ob. cit., p. 57.

En cambio, los que defienden una interpretación axiológica, que pretende que el derecho sea siempre justo, son en el fondo partidarios de la existencia de valores ligados necesariamente al derecho como vivencia. Y quienes defienden el activismo judicial con el fin de luchar políticamente por apropiarse del poder se acercan a una concepción pragmática, política y monolítica del derecho basada en sus propios valores de totalitarismo de izquierda o de derecha. Por tal motivo, es indispensable analizar brevemente estas tres vertientes sobre el ser del derecho y, consecuentemente, su visión sobre la interpretación o hermenéutica jurídica.

2. PLAN

Así planteado el problema central, es importante conocer mínimamente las ideas fundamentales de las teorías dominantes (**Sección I**); ello permitirá hacer la crítica de la interpretación valorista (**Sección II**); después, explicaré brevemente la doctrina positivista del derecho (**Sección III**). En seguida, me referiré a la clasificación de los objetos con especial énfasis en los objetos culturales dentro de los cuales se halla el derecho (**Sección IV**); posteriormente, me detendré en el estudio del método de la comprensión o interpretación lingüística del derecho y su aplicación en las decisiones judiciales (**Sección V**); a continuación, haré referencia a la interpretación, a la coherencia y a la integración jurídica en el derecho colombiano (**Sección VI**); luego, hablaré de la equidad, los principios constitucionales y generales del derecho y la analogía, como criterios de aplicación del derecho (**Sección VII**). Finalmente, abordaré el novedoso tema de la interpretación constitucional (**Sección VIII**).