LA LIBERTAD
DE LOS JUECES PARA FALLAR
EN POSITIVO

ÉDGAR ANTONIO GUARÍN RAMÍREZ

**LA LIBERTAD
DE LOS JUECES PARA FALLAR
EN POSITIVO**

**UN ANÁLISIS DE LA DECISIÓN
JUDICIAL COMO ACTO HUMANO**

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BOGOTÁ

Guarín Ramírez, Édgar Antonio

La libertad de los jueces para fallar en positivo : un análisis de la decisión judicial como acto humano / Édgar Antonio Guarín Ramírez. -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

200 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-749-643-7

1. Función judicial 2. Derecho procesal 3. Filosofía del derecho 4. Interpretación del derecho 5. Jueces - Toma de decisiones I. Tít.

340.1 cd 21 ed.

A1544447

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

- © ÉDGAR ANTONIO GUARIN RAMÍREZ © GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com
- © UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
Carrera 9 No. 72-90
Facultad de Derecho
Bogotá - Colombia

ISBN: 978-958-749-643-7

Diseño de carátula: David Andrés Cortés

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

® 2016

COMITÉ EDITORIAL

Alejandro Felipe Sanchez Ceron
Doctor en Derecho. Universidad
Externado de Colombia
Profesor de la Universidad
Coopertativa de Colombia

Flores Nava Fabiola Jesavel
Doctora en Historia. Universidad
Autónoma Metropolitana
Profesora de la Unam - México
Facultad de Economía

Ramón Chaverry Soto
Doctor en Filosofía de
la Unam - México
Profesor de la Unam - México
Facultad de Filosofía y Letras

Rafael Rebollo Vargas
Doctor en Derecho de la
Universidad Autónoma
de Barcelona
Profesor Titular Universidad
Autónoma de Barcelona -
Facultad de Derecho

Ramon Ragués I Vallès
Doctor en Derecho.
Universitat Pompeu Fabra.
Catedrático de Derecho Penal
Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

COMITÉ CIENTÍFICO

Carlos Herrera de la Fuente
Doctor en filosofía. Universidad
Ruprecht-Karl Universität
Heidelberg, Alemania
Docente Casa Lamm (México)
Carrera de Creación
Literaria - Cátedra de
Narrativa Alemana del Siglo XX

Jorge Eliecer Martínez Posada
Postdoctorado en Filosofía
Universidad Cádiz - España
Doctor en Ciencias Sociales,
Niñez y Juventud del Centro
Internacional de Educación y
Desarrollo Humano (Cinde)
/ Universidad de Manizales
Doctorado en Filosofía
Universidad de Barcelona

Marco Enrique Gómez Jaramillo
Doctor en Humanidades.
Universidad Carlos III de Madrid.
Docente Investigador
Licenciatura de Historia
Universidad Externado
de Colombia

Javier Dondé
Doctor en Derecho Penal
Internacional y Derecho
Penal Comparado.
University of Aberdeen
Instituto Nacional de Ciencia
Penales (Inacipe).
Director de Unidad de
Investigación en: International
And Comparative Criminal
Law Pares Académicos

PARES ACADÉMICOS

Alejandro Castaño
Doctor en filosofía Universidad
Pontificia Bolivariana
- Sede Medellín
Doctor en Derecho Canónico en
Filosofía Universidad Pontificia
Bolivariana - Sede Medellín
Profesor de la Universidad
Sergio Arboleda

Fray Adalberto Cardona Gómez
Doctor en Antropología,
Pensamiento Medieval y
Literatura Española
Universidad de Friburgo
Doctor Canónico en Teología.
Universidad Bolivariana Medellín
Profesor de la Studium
Generale. Provincia de San
Luis Bertrán de Colombia

*Para Luis Jesús (Q.E.P.D), Herminda, Astrid,
Sofía, Tomás y Sara, con amor.*

*Agradezco a Dios, fuente de toda verdad y bien;
a la Universidad Santo Tomás, mi claustro de estudios;
y al Doctor Edwin de Jesús Horta Vásquez, quien
al acompañar como director este trabajo, se convirtió
para mí en un maestro de vida.*

CONTENIDO

TABLA DE SIGLAS	13
PRESENTACIÓN	15
INTRODUCCIÓN	17

PRIMERA PARTE LA CUESTIÓN

1.1. LA PERCEPCIÓN ACTUAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA	25
1.2. LA REFLEXIÓN SOBRE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEAS: UNA CUESTIÓN MEDULAR ..	30
1.3. EL PROBLEMA EN TORNO A LA RACIONALIDAD PRÁCTICA Y SUS EFECTOS EN MATERIA DE DECISIÓN JUDICIAL.....	36

SEGUNDA PARTE EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO EN CUANTO ACTO HUMANO

CAPÍTULO PRIMERO EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO: ACTO DE INTELIGENCIA

2.1.1. SIGNIFICADO DE LOS USOS TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA RAZÓN, Y SU IMPORTANCIA EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO	64
2.1.2. EL PRIMUM COGNITUM EN EL ACTO JUDICATIVO	69
2.1.3. LA REALIDAD DEL DERECHO COMO OBJETO DE LA FACULTAD INTELECTIVA DEL JUEZ	73
2.1.3.1. LA VERDAD COMO OBJETO DEL ACTO INTELECTIVO.....	74
1.1.1.2. EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO: BASE PARA EL ACTO DE JUICIO	80
2.1.3.3. LA INTELECCIÓN DEL FUNDAMENTO Y DEL TÍTULO DEL DERECHO Y SU IMPORTANCIA PARA SU REALIZACIÓN EFECTIVA A TRAVÉS DE LA SENTENCIA	87
2.1.3.4. EL PRINCIPIO DE FINALIDAD Y SU CONCRECIÓN EN LA REALIDAD JURÍDICA....	97
2.1.3.5. LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS: FINALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	102

2.1.4. LA RACIONALIDAD: FORMA DE OPERAR DE LA INTELIGENCIA DEL JUEZ EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO	108
---	-----

CAPÍTULO SEGUNDO EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO: ACTO DE VOLUNTAD

2.2.1. LA POTENCIA VOLITIVA DEL JUEZ.....	117
2.2.2. LA ACTIVIDAD VOLITIVA DEL JUEZ.....	122
2.2.2.1. LA LIBERTAD DE ARBITRIO Y SU LUGAR EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO	124
2.2.2.2. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LA INTELIGENCIA Y LA VOLUNTAD EN CUANTO ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO	134
2.2.2.3. LA IRREDUCTIBILIDAD ENTRE LO INTELECTIVO Y LO VOLITIVO EN EL ACTO HUMANO DE JUICIO	137
2.2.3. LA RECTA RAZÓN EN EL ACTO HUMANO JUDICATIVO JURÍDICO Y EL MÉTODO PRUDENCIAL COMO SU FORMA PROPIA DE DELIBERACIÓN	141
2.2.4. LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS Y SU IMPORTANCIA DECISIVA PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ORDEN SOCIAL	148
2.2.5. LAS LIMITACIONES EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO	152

CAPÍTULO TERCERO LA SENTENCIA: INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS

2.3.1. LA RELACIÓN ENTRE LO INTERNO Y LO EXTERNO DEL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO	162
2.3.2. LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS COMO CRITERIO DE CORRECCIÓN DE LOS FALLOS JUDICIALES	164
2.3.3. LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES	167
2.3.4. LAS RAZONES JUSTIFICATIVAS Y SU FUNDAMENTO	172
CONCLUSIONES.....	179
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	185
BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.....	195

TABLA DE SIGLAS

Cfr:	Confrontar.
Vid:	Véase.
Cit:	Citado por.
Cap:	Capítulo.
S.T.:	Suma Teológica.
Q:	Cuestión.
Ad:	Respuesta a la objeción.
Op. Cit:	Obra citada.
Ibíd:	Allí mismo.

PRESENTACIÓN

El presente libro es el resultado del proceso de investigación que el Dr. Édgar Antonio Guarín Ramírez realizó dentro del doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y que concluyó con la tesis de grado que lleva el mismo título y que obtuvo la máxima calificación *Cum Laude* en esa prestigiosa institución. La labor investigativa se realizó de forma articulada con la línea de investigación en Filosofía y Teoría del Derecho perteneciente al grupo de investigación “Raimundo de Peñafort” del centro de investigación “Francisco de Vitoria” de la Facultad de Derecho.

En esta obra, el autor realiza un análisis de la decisión judicial, cuestión medular de la filosofía del derecho y de la mayoría de las teorías del derecho actuales. En virtud de que la decisión judicial se concreta en la sentencia, el texto gira en torno de ella como instrumento jurídico por excelencia para la realización efectiva de los derechos. A partir del marco teórico que ofrece el realismo jurídico clásico, puesto en diálogo con el discurso contemporáneo de la filosofía del derecho, el Dr. Guarín Ramírez hace un aporte importante a la reflexión filosófico-jurídica sobre el tema en mención, al proponer la consideración de la sentencia judicial como “acto humano”, en el cual sus elementos estructurales aparecen expresados de manera clara, ordenada, razonada y soportada en una lógica analítica que se emplea con rigor en orden y a propósito de lo jurídico, lo que le lleva a acuñar la expresión “***acto humano judicativo jurídico***”.

La consideración de la sentencia como acto humano le permite al autor deducir la especie del acto de juicio jurídico como un acto de orden, en el que la materia a ordenar es el derecho; la ubicación del mismo en su legítimo titular, es el fin; la sentencia, el instrumento ordenador; y el juez, quien lo ejecuta como producto de un acto libre orientado a la realización efectiva de dicho derecho. De allí toma el título de su obra: “***la libertad de los jueces para fallar en positivo***”. Como lo señala el Dr. Guarín, fallar en positivo significa: 1. Que la sentencia judicial es un acto de la inteligencia y de la voluntad del juez. 2. Que el objeto material a realizar en dicho acto es el derecho, en tanto ***lo debido*** a otro; 3. Que la razón de ser o finalidad

de la sentencia es la realización efectiva de ese derecho. 4. Que si dicha finalidad de realizar el derecho no se alcanza mediante la sentencia –por las razones que sean–, se anula la libertad de arbitrio y pasa a ser sustituida por arbitrariedad. Por eso, la libertad del juez no puede ser para otra cosa que “para fallar en positivo”.

Termino esta presentación recogiendo las palabras del Dr. Edwin Horta Vázquez quien, en su calidad de director del trabajo de investigación ahora plasmado en este libro, al referirse al documento manifestó: “La claridad de la exposición, la precisión de los conceptos, los diferentes puentes aportados en los capítulos y su coherencia interna –sin descuidar en ningún momento el rigor del razonamiento filosófico– hacen del texto un documento asequible a la inteligencia y de fácil, agradable y útil lectura”.

Alejandro Gómez Jaramillo
*Doctor en Sociología – Universidad
UAM de México. Editor Académico*

INTRODUCCIÓN

Actualmente, la cuestión respecto de la corrección de las decisiones judiciales es medular en la Filosofía y en las distintas teorías del Derecho. Se aprecia que la investigación de todo lo que se refiere a las decisiones judiciales, ya sea en relación a su concepto o forma de practicarse, despierta gran interés¹. La función que desde el normativismo jurídico se asignó al juez como aplicador de la ley, ha sido desplazada por enfoques que enfatizan en otros aspectos como el de la actividad discursiva y ponderativa, que se proponen como caminos a través de los cuales los derechos se han de materializar. Así, la realización efectiva de los derechos se erige actualmente como un principio fundamental para medir la corrección de los fallos judiciales que avanza rápidamente en fuerza y reconocimiento².

Paradójicamente, la abundancia en la reflexión sobre la función judicial y el énfasis en que la finalidad de la misma es la de ser instrumento para conferir el goce efectivo de los derechos o garantía de los mismos a las personas, al parecer no ha servido para frenar los crecientes niveles de desconfianza en la administración de justicia. En su mayoría, los modelos de función judicial planteados se derivan de una concepción acerca del conocimiento en general –y del conocimiento jurídico en particular– que, aunque no nueva en la historia del pensamiento, tomó especial auge en la modernidad. Según esta concepción, dada la naturaleza práctica del conocimiento que está a la base del raciocinio jurídico, no es posible predicar de él validez con independencia

¹ Vid. Garrido Gómez, María I. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. En: *revista Ius et praxis*, año 15, número 1. 56 p.

² En Colombia, esta consideración de que la actividad judicial está relacionada con la realización de los derechos, se encuentra en algunos fallos judiciales en los cuales se habla de goce pleno de derechos y garantía real de los mismos; igual acontece con nuevas normas –por ejemplo, las contenidas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, en las cuales se establece la garantía de los derechos de las personas como finalidad del procedimiento que han de seguir los jueces en ejercicio de su actividad judicial. Vid. Corte Constitucional. Colombia, Sentencia T-182 de 1996, Magistrado ponente Alejandro Martínez; Congreso de la República. Colombia. Ley 1437 de 2011, art. 1.

de las coordenadas espacio-temporales³. En razón de esto, hoy se dispone de un número no despreciable de posturas muy diversas acerca de la función judicial, que han dado lugar a conocidos *debates* (Hart-Dworkin, Dworkin-Alexy, Kaufmann-Alexy, Kennedy-Dworkin...).

Con el propósito de poder contribuir a la solución de esta cuestión, el presente texto aborda el estudio de la decisión judicial en tanto un acto humano de especie judicativa, cuyo objeto material es la realidad del derecho. Se trata de un escrito en donde se apela a la filosofía en razón de su carácter fundamentador y crítico, desde una perspectiva, no de confrontación sino de contraste propositivo. Esto se hace particularmente importante en las circunstancias actuales en las que, como ya se señaló, se escribe abundantemente en torno a la función judicial y las razones justificativas de las sentencias.

El marco teórico por el que se ha optado como soporte de las ideas contenidas en el texto, es el ofrecido por la tradición filosófica clásica de corte realista, específicamente en sus desarrollos sobre los actos humanos⁴. La opción por el realismo de cuño aristotélico es hoy un recurso de uso cada vez más frecuente en el mundo, especialmente cuando se abordan problemas de naturaleza práctica. Varios autores en el mundo han asumido las categorías propias del realismo para soportar sus tesis en el ámbito de la Filosofía, la Política, el Derecho, etc., lo cual da cuenta de su actualidad y pertinencia; es el caso de Michael Sandel, Martha Nussbaum. John Finiss, Joseph Pieper, Carlos Cardona, Carlos Massini, Antonio Millán Puelles, Mauricio Beuchot, Javier Hervada, Michel Villey –entre otros–. En palabras de Arthur Kaufmann: “no es que Aristóteles haya solucionado nuestros problemas actuales, pero el modelo clásico sirve para ordenar argumentos y contra argumentos en los discursos cotidianos y procurar claridad para sí y para los demás, cualquiera sea el nivel en que se argumente”⁵.

El sistema filosófico realista se ha destacado por sus prolijas reflexiones sobre temas relacionados con la racionalidad práctica, logrando alcanzar

³ Como toda obra humana, la sentencia se profiere en un tiempo y en un espacio y, por ello, estos aspectos fundan su oportunidad, pero no su validez.

⁴ En adelante, para referir a esta filosofía se emplean términos como realismo clásico, filosofía realista clásica o filosofía clásica, simplemente.

⁵ Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Trad. Luis Villar Borda, Bogotá: U. Externado de Colombia, 1999, 300 p.

una valiosa síntesis en sus puntos fundamentales. La actualidad del realismo filosófico obedece, fundamentalmente, a la importancia que le da a la realidad en el proceso del conocimiento humano tanto en el plano teórico como práctico, lo cual permite establecer una relación entre la inteligencia humana y las cosas, a partir de las cuales, de una manera abstractiva, construye los conceptos⁶. Esta apelación a la realidad como aquello que da sostén a la inteligencia, le ha permitido permanecer siempre abierto y en continuo desarrollo, impulsado por la búsqueda de soluciones a los distintos problemas que surgen en cada época y cultura⁷.

El asumir el realismo filosófico como marco teórico, posibilitó encontrar, además, un método de análisis de la realidad problemática planteada y un camino en búsqueda de posibles soluciones. El realismo filosófico es metódico. En materia de decisión judicial, la vía del realismo hace converger la autoridad y la dialéctica, lo analítico y lo sintético. Sometida a examen la realidad en disposición diaporética o problematizadora, el método realista permite asumir una postura crítica-propositiva, a partir de la contrastación de los diversos modelos propuestos, con el principio operacional de la función judicial. Finalmente, el resultado de la indagación y del juicio es

⁶ Realidad entendida en términos de *ser*, pues el ser es aquello que tiene alguna realidad. El concepto de “realidad”, en cuanto define al “ser”, refiere a la *substancia* de la cosa, es decir, lo que es común a todas las naturalezas por las cuales los seres corresponden a los diversos géneros y especies. Cfr. Aristóteles, *La Metafísica*, Madrid: Gredos, Libro IV.

⁷ El valor de las posturas teóricas de los filósofos realistas clásicos se muestra en que han sido leídos y releídos en cada una de las etapas históricas posteriores a su muerte y, en su pensamiento, se ha podido hallar una estructura levantada sobre la base de unas categorías que les han permitido trascender con suficiencia cada una de las épocas que le son posteriores. Estos autores, como afirma Norberto Bobbio, han “ascendido al cielo de los clásicos” y, por tanto, su voz tiene que ser escuchada. Ellos son intérpretes autorizados de la época en que vivieron, de manera que no se pueda prescindir de su obra si se quiere conocer el espíritu de dicha época; son siempre actuales por cuanto cada generación siente la necesidad de releerlos y al hacerlo brindan una nueva interpretación de él; y han elaborado categorías generales de comprensión histórica que no se puedan menospreciar al interpretar una realidad incluso diferente de aquella de la que su pensamiento derivó y a la que se les aplicó. Fernández Santillán. Norberto Bobbio: El filósofo y la política, Antología. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 76 p. Esto ha hecho que a esta filosofía se le califique de “filosofía perenne”. Cfr. Derisi, Octavio. La doctrina de la inteligencia de Aristóteles a Santo Tomás. Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1945, prólogo.

aplicado al obrar humano que realiza el juez cuando decide los casos que le son sometidos a juicio⁸.

En razón de que los actos humanos son definidos como actos de inteligencia y voluntad que se exteriorizan en la ejecución, una vez abordada la situación problemática en la primera parte del texto, en la segunda parte se analiza el acto judicial como acto intelectual y volitivo, cuya exteriorización se da en la sentencia. Esta segunda parte se encuentra dividida en tres capítulos que desarrollan los tres elementos constitutivos del acto judicial en tanto acto humano: el intelectual, el volitivo y el ejecutivo.

El capítulo primero, se ocupa del acto judicial como un acto de inteligencia. Para su desarrollo se aborda el tema de los usos teórico y práctico de la razón, y su importancia en el acto de juicio; luego, a partir del estudio del “*primum cognitum*” del acto judicial, se estudia la realidad del derecho como objeto propio de la facultad intelectual del juez, que es la base del acto de juicio. Finalmente, se destaca la importancia de la racionalidad como forma de operar de la inteligencia del juez al momento de realizar el acto judicial.

En el capítulo segundo, se analiza el acto judicial en tanto acto de voluntad. Allí se estudia la voluntad de quien realiza el acto de juicio como potencia con sus características de pasividad, alteridad, intencionalidad, a la vez que se enfatiza en su carácter dinamizador de la inteligencia y de las demás fuerzas humanas, que les lleva a realizar sus propios actos. Luego se estudia la voluntad del juez en cuanto actividad en la que concurren la inteligencia y la voluntad, se analiza la libertad de arbitrio, su lugar e importancia en el acto judicial, así como la recta razón y el método prudencial como su forma propia de deliberación. El capítulo finaliza mostrando la importancia de la función judicial para el

⁸ La rigurosidad del método realista se puede evidenciar en la obra del maestro medieval Tomás de Aquino, quien inicia sus análisis por las *rationes dubitandi* o análisis de las objeciones que se presentan a la respuesta a determinada cuestión. Dicho rigor es reconocido hoy en día por autores como Jürgen Habermas quien escribe: “Cuando me sumerjo en la *Summa contra gentiles* de Tomás de Aquino me siento arrebatado por la complejidad, por el nivel de diferenciación, por la seriedad y la rigurosidad de la argumentación elaborada de manera dialógica. Soy un admirador de Tomás de Aquino. Él representa una forma del espíritu que podía responder por sí mismo de su autenticidad”. Habermas, Jürgen. *Israel o Atenas*, Madrid: Trota, 2001, 89 p.

mantenimiento del orden social y los aspectos que pueden limitar al juez al momento de realizar el acto humano judicial-jurídico.

En el último capítulo se estudia la sentencia como instrumento para la realización efectiva de los derechos. Para ello se aborda la relación entre lo interno y lo externo del acto judicial, la efectividad de los derechos como criterio de corrección de los fallos judiciales y la cuestión sobre la motivación de las sentencias, las razones justificativas y su fundamento.

Para finalizar esta introducción quiero dejar constancia de mi reconocimiento y agradecimiento al Doctor Edwin de Jesús Horta Vásquez quien, con espíritu generoso, se dignó dirigir la investigación que ha dado como resultado este texto. A su lado he aprendido el valor que tiene la apertura a la verdad y al bien y, por eso, no dudo al afirmar que existen pocos maestros como él. Agradezco también a los profesores Mauricio Beuchot Puente O.P., Carlos Ignacio Massini Correas y Fabio Pulido con quienes tuve la posibilidad de compartir mis intereses investigativos; sus aportes fueron de especial ayuda para orientar este trabajo.

PRIMERA PARTE
LA CUESTIÓN

Antes de emprender el estudio de algún aspecto de la realidad, es preciso plantear con precisión la problemática que se quiere solucionar. Esta manera de proceder, además de facilitar la delimitación de la amplia gama de problemáticas que allí se suscitan, aclara el camino a seguir en busca de una alternativa de solución a las mismas. Así lo recomendaba Aristóteles: “Los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las dificultades, pues el éxito posterior consiste en la solución de las dudas anteriores [...] los que investigan sin haberse planteado antes las dificultades son semejantes a los que desconocen a dónde se debe ir y, además, ni siquiera conocen si alguna vez han encontrado o no lo buscado...”¹.

Aplicando este principio de la investigación, la primera parte de este texto tiene como finalidad presentar la cuestión que ha dado origen a las reflexiones contenidas en él. Dicha cuestión está integrada por tres aspectos: en primer lugar, los crecientes niveles de insatisfacción social que existen en Colombia respecto de las decisiones de quienes tienen la función de administrar justicia; en segundo lugar, la centralidad que la reflexión sobre la decisión judicial ha tenido en la Filosofía y la Teoría del Derecho en las últimas décadas²; finalmente, un acercamiento a las posibles causas por las cuales, paradójicamente, la amplitud de la reflexión en torno a la función judicial no ha dado como resultado decisiones judiciales que generen mayor confianza en la administración de justicia.

1.1. LA PERCEPCIÓN ACTUAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA

Una de las características del momento histórico actual es el crecimiento de la demanda social de justicia. A los problemas de congestión judicial

¹ Aristóteles. *La Metafísica*. Madrid: Gredos, 1994, Libro III, Cap I.

² A lo largo del texto se emplea la palabra Derecho –con mayúscula inicial– para referir a la ciencia jurídica o cuando está acompañada de algunas expresiones relativas a la gnoseología jurídica, por ejemplo, cuando se habla de Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, Ciencia del Derecho, concepto de Derecho; y la palabra derecho –con minúscula inicial– para referir al derecho como la cosa que está atribuida a la persona, noción que se desprende del marco escogido como soporte teórico de las ideas contenidas en el escrito: el del realismo jurídico clásico.

existentes actualmente en Colombia³, se suman aquellos que surgen por decisiones judiciales que son censuradas por razones de diversa índole. Un ejemplo de ello es lo sucedido con la Corte Suprema de Justicia en el año 2009, cuando dicha corporación resolvió retomar la competencia sobre los procesos del escándalo de la “parapolítica”, en los que algunos congresistas habían renunciado a su “curul”. Esta decisión se causó cuando, al revisar el caso del ex senador Álvaro Araujo, el alto tribunal retomó la competencia de juzgamiento de los treinta casos de miembros del congreso investigados por sus nexos con grupos ilegales⁴. Con ello, se modificó la jurisprudencia que la misma Corte desde el año 2007, venía sosteniendo y, según la cual, dicho tribunal perdía la competencia cuando se renunciaba al fuero respecto de los delitos que no fueran propios de las funciones constitucionales y legales del cargo.

En la publicación *Talante*, se censura este proceder de la Corte. Se afirma que “lo lamentable de la decisión es que la Corte Suprema hubiere olvidado que en materia penal existe el principio de favorabilidad y que tanto esa corporación como la Corte Constitucional han reiterado que se predica no sólo de la ley que resulte más favorable, sino también de la jurisprudencia más benigna ante un eventual tránsito jurisprudencial”⁵. Y se concluye:

³ Las cifras de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico (UDAE) del Consejo Superior de la Judicatura sobre congestión y atraso judicial de los últimos años, hacen evidente el carácter estructural del problema de la justicia en Colombia. Para el 2003 –y esta cantidad no ha cambiado sustancialmente– existía en el país un inventario histórico rezagado de 2.768.921 procesos en todas las jurisdicciones. El 10 de julio de 2011, en entrevista publicada a través del medio virtual por “El periódico”, el presidente del Consejo de Estado, Mauricio Fajardo, admitió que en la jurisdicción contencioso administrativa había un atraso de casi 15 años: cerca de 250 mil decisiones por proferir. Eso explica la razón por la cual, en la jurisdicción contencioso-administrativa, en algunos casos, un fallo definitivo tarde de doce a catorce años. De otra parte, la organización The World Justice Project, divulgó hace algunos meses su índice del Estado de Derecho 2010, en el que analiza los aciertos y las deficiencias de 35 países, incluyendo siete de América Latina, en la adhesión al estado de derecho. Allí el sistema de justicia penal colombiano figura entre los más deficientes en América Latina. Según el informe, en Colombia durante el año 2009, sólo el 4 por ciento de los casos de robo recibió castigo, frente al promedio del 12 por ciento en el resto de los países. También se situó en los últimos lugares respecto de garantías de orden y seguridad y el respeto a los derechos fundamentales.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Colombia. Sala de Casación Penal, acta 291 del 15 de septiembre de 2009, Ref. 27032.

⁵ Talante, octubre de 2009, edición número 17, pp. 3.

“La reflexión no es exclusivamente en relación con esta decisión judicial que hemos traído a colación, sino que de manera general significa un cuestionamiento a las decisiones judiciales recientes en nuestras altas cortes. Entre otras cosas, porque están originando una crisis institucional que lleva a un enfrentamiento constante entre las ramas del poder público y entre la misma rama judicial. Por favor, más justicia y menos política”⁶.

También en el ámbito de la justicia constitucional, han surgido cuestionamientos a la manera de proceder de los jueces. Se denuncia la pugna de concepciones particulares en el seno de la Corte Constitucional Colombiana. Las diferentes lecturas de las que son objeto las normas constitucionales y legales, en las cuales se atribuyen significados a los textos que avizoran la presencia de marcadas tendencias ideológicas que se convierten en soporte de juicio, tiene importantes implicaciones para la administración de justicia, dada la supremacía hermenéutica y trascendencia social de este alto tribunal⁷. Incluso, la expedición de algunos fallos que refieren a derechos como la vida, ha llevado a que se califique el actuar de la Corte como “arbitrariedad judicial”⁸. Lo anterior, tiene importantes

⁶ Ibid.

⁷ Vid. Mora, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, 23 p.

⁸ El once de marzo del año 2012, Rafael Nieto publicó un corto texto en el periódico El Colombiano, intitulado “arbitrariedad judicial”, en donde, a partir de un hecho concreto acaecido en el Departamento del Meta, refiere al sistema judicial colombiano calificándole como generador de “zozobra”, “arbitrario, caprichoso e injusto”. Sus afirmaciones obedecen a lo sucedido con una mujer que pidió a un médico que le practicaran un aborto. Los exámenes médicos que le realizaron en el Hospital Departamental, mostraron que no estaba incurso en ninguna de las hipótesis que la Corte Constitucional había señalado en la sentencia C-355 de 2006 que despenalizó el aborto, es decir, que no estaba en riesgo su vida, que la criatura no tenía una grave malformación que la hiciera inviable, y que su embarazo no había sido resultado de violación. Como resultado, la médica se negó a practicarle el aborto que quería. Para forzar al Hospital, la mujer presentó una tutela en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio que le fue negada. La tutela pasó a la Corte Constitucional, cuyo conocimiento correspondió a la Sala Octava de Revisión. La mujer, sin esperar la decisión judicial, se practicó el aborto. Sierra y Vargas, magistrados encargados de la revisión, no sólo revocaron la sentencia del juez de Villavicencio, sino que establecieron su criterio personal según el cual, “la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho fundamental”. Señala Nieto que, ante la gravedad de los hechos, la Procuraduría pidió al juez de Villavicencio toda la información del caso e interpuso un recurso de nulidad ante la Sala Plena, alegando que la Sala Octava de Revisión

consecuencias para el mantenimiento del orden social, toda vez que, como afirma Rudolf Stammler, “si hay una profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad en cuanto a los fundamentos sobre los que descansa, es la del juez. El más nimio de los litigios jurídicos ha de mostrar la tendencia del juez a medir ese caso particular por un criterio de medida absoluto y superior. Se miden los fallos con algún baremo que corresponde a un criterio fundamental: la justicia”⁹.

En el año 2011, el Ministerio de la Justicia y del Derecho contrató con la Cámara de Comercio Bogotá, la realización de una encuesta nacional de necesidades jurídicas insatisfechas¹⁰. Los resultados del estudio mostraron que, frente a los conflictos jurídicos, las personas optan por no hacer nada (51%) o por arreglar la situación por su propia cuenta (34%). Dentro de los que acudieron a la jurisdicción, más del 50% manifestó que no obtuvieron —o no han obtenido aún—, resultados efectivos; quienes no acudieron a la administración de justicia, aludieron como razones —entre otras— las demoras y la falta de confianza en la misma. El 12.3% de las personas que acudieron al Estado para solucionar sus conflictos jurídicos, manifestaron que sintieron vulnerados sus derechos por cuenta de la actuación de los jueces. Finalmente,

había cometido un grave conjunto de irregularidades. La Sala Plena de la Corte negó la solicitud de nulidad y ordenó investigar disciplinariamente al juez por haberle brindado la información del caso a la Procuraduría; además le pidió al Tribunal de Ética Médica del Meta investigar a la doctora del hospital que certificó que la mujer no cumplía los requisitos para abortar; en otras palabras, estos jueces ordenaron investigar a una médica por cumplir con lo que exige su profesión y con el juramento hipocrático que hizo al graduarse: defender la vida y la salud. Y termina su artículo diciendo: “casi me caigo de la silla cuando comprobé que el magistrado ponente de la sentencia de la Sala Plena es Sierra Porto, el mismo que decidió la tutela cuestionada. Y el mismo que el gobierno postula para juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Qué hará Sierra con el artículo 4 de la Convención Interamericana que sostiene que el derecho a la vida está protegido “a partir del momento de la concepción”?” Nieto, Rafael. Arbitrariedad judicial. En *El colombiano*, Medellín, 11 de marzo de 2012.

⁹ Vid. Stammler, Rudolf. *El Juez*. Trad. de Emilio Camus México: Ed. Nacional de México, 1974, 113 p.

¹⁰ Estudio realizado por la Cámara de Comercio de Bogotá; metodología: cuantitativa-descriptiva; instrumento de medición: cuestionario semi-estructurado; técnica de recolección de datos: encuesta presencial; dirigido a la población en general mayor de 18 años, ubicada en las más importantes ciudades de Colombia, entre ellas, Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla.... El resultado de la investigación fue publicado en el mes de febrero de 2013.

se les preguntó sobre su percepción respecto de los jueces y el 35.2% les calificó de corruptos.

Lo anterior, muestra la creciente preocupación que existe actualmente por la manera de proceder de los jueces, así como la forma en la que han de ser justificadas y fundamentadas sus decisiones a fin de alcanzar decisiones justas, especialmente en aquellos casos en donde existe cierto margen de respuestas posibles o alternativas¹¹. La labor de los jueces constituye un elemento fundamental del orden social y, por eso, al invocar la aplicación directa de la Constitución, de los principios normativos, de las normas y precedentes, la libertad del juez aparece limitada por la existencia del derecho y la exigencia de realización efectiva que se desprende de su misma naturaleza¹². El aceptar la justicia o legalidad de un fallo simplemente porque lo dijo “tal o cual” juez, puede equivaler a implantar un sistema de arbitrariedad judicial, incluso más peligroso que el de la arbitrariedad legal¹³.

Tal como aconteció después de la caída del régimen nazi cuando, a raíz de las injusticias en él cometidas, muchos juristas –como Gustav Radbruch¹⁴– abandonaron las tesis positivistas imperantes y empezaron a hablar de

¹¹ Stammler, Rudolf. *El Juez*, *Op. Cit.* pp. 26 y 39.

¹² Como se explicará más adelante, la realidad del derecho tiene un elemento de debitoriedad que le es propio; de allí su exigencia de realización efectiva. Esta realidad no cambia por el uso del término en singular o plural. En virtud de ello, en adelante se emplean las proposiciones “realización efectiva del derecho” y “realización efectiva de los derechos” en un mismo sentido.

¹³ Frente a la arbitrariedad, es posible objetar de conciencia, entrar en desobediencia civil o, incluso, Kaufmann en resistencia si el Estado no es de derecho. Cfr. Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. *Op. Cit.* pp. 269. Sobre el particular, Manuel Atienza señala las siguientes diferencias entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil: “1) la objeción de conciencia no persigue la modificación de una ley o de una determinada política, sino tan solo el no cumplimiento de una obligación por el objeto, 2) la objeción es un acto individual mientras que la desobediencia civil solo tiene sentido si es practicada por un número más o menos elevado de personas, 3) como consecuencia de lo anterior, la objeción de conciencia puede estar reconocida jurídicamente, pero no así la desobediencia civil, se dice también que la objeción de conciencia tiene carácter moral, mientras que la desobediencia civil es de carácter político, pero no es muy claro que esto sea así, pues las razones de la desobediencia civil”. Atienza, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 2003, 151 p.

¹⁴ Trasladado esto al ámbito judicial, puede tener cabida lo que, a mediados del siglo pasado, Gustav Radbruch refirió a algunas leyes del nacionalsocialismo: donde ni siquiera se pretende alcanzar la justicia, allí el acto judicial –la fórmula de Radbruch habla de la ley– no solamente es derecho injusto sino que carece más

la existencia de un “derecho supralegal” jerárquicamente superior a las leyes cuando ellas encierran injusticia legal, hoy es posible plantear que la realización efectiva de los derechos es un referente obligado en las decisiones de los jueces y, por ende, si dichas decisiones no están a su servicio, es procedente cuestionar su validez¹⁵.

1.2. LA REFLEXIÓN SOBRE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEAS: UNA CUESTIÓN MEDULAR

La situación descrita en las líneas anteriores si bien ha sido referida a Colombia, no se circunscribe solamente al ámbito nacional. Por eso, la reflexión sobre la decisión judicial ha ocupado un lugar central en los estudios realizados al interior de la Filosofía y la Teoría del Derecho de las últimas décadas¹⁶. Filósofos y teóricos han planteado diversas tesis que buscan desarrollar nuevas propuestas respecto de la labor que adelantan

bien de toda naturaleza jurídica. Vid. Radbruch, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, pp. 37-38.

¹⁵ Después de los períodos dictatoriales que han generado profundas crisis sociales, los Estados se han visto obligados, a través de sus sistemas de justicia, a revisar y juzgar las conductas de quienes, en vigencia de tales regímenes, cometieron violaciones a los derechos. Esto ocurrió no solamente en Alemania; sucedió también en Argentina después del período comprendido entre los años 1976 y 1983, en donde se hizo famoso el caso “Simón”, en donde, hablando de la privación ilegítima de la libertad, su puso de presente que el respeto por los derechos humanos constituye un límite de las leyes de amnistía. En las decisiones judiciales que han condenado a quienes han cometido delitos que atentan contra la dignidad humana, existe el común denominador de que se apela a criterios de justicia exógenos al Derecho positivo vigente. Más allá de compartir o no la apelación a tales criterios, lo cierto es que hoy en día, no obstante tener positivizados los derechos fundamentales de las personas, con lo cual se podría pensar que se alcanza mayor claridad cuando se trata de aplicar el Derecho en estas materias, quienes en su momento permitieron superar la arbitrariedad legal –los jueces–, están siendo cuestionados y censurados por la ausencia de juridicidad en sus decisiones. Cfr. Díaz, Julián. “El derecho “supralegal” frente a graves violaciones de derechos humanos”. En: *lecciones y ensayos*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Número 88, 2010, pp. 89-90.

¹⁶ En adelante se emplea el término “decisión judicial” para aludir, tanto a las distintas providencias que profiere un juez, como al proceso intelectual y volitivo que ello conlleva. En la última parte de la obra –en la cual se trata de la sentencia como instrumento para la realización efectiva del derecho–, se hacen algunas aclaraciones sobre el empleo del término, necesarias para la correcta intelección de dicho apartado.

los jueces¹⁷. La cuestión fundamental sobre la que gira actualmente la reflexión, refiere a la posibilidad de corrección de las decisiones judiciales en términos de eficiencia y eficacia en materia de reconocimiento de los derechos de las personas. Los esfuerzos se orientan a mostrar que el juez no es un mero operador de la ley –puesto que la ley no tiene un fin en sí misma– sino que se vale de las normas como medio para alcanzar un fin determinado, que es la justicia¹⁸. Para ello, se enfatiza en la necesidad de que exista una justificación racional de las sentencias que garantice los derechos de las personas, como criterio de corrección de las mismas¹⁹. Por

¹⁷ Por eso, han surgido diversos *modelos de función judicial*, en donde se encuentran, por ejemplo, la imagen de juez como *sacerdote* desarrollada por Rudolf Stammler, la del juez de la *concepción egológica* del derecho de Carlos Cossio, la del juez *analógico* de Arthur Kaufmann, la del juez *Hércules* de Ronald Dworkin, la del juez de la *ponderación* de Robert Alexy, la del juez de las *teorías críticas* en donde subyace una concepción del derecho como práctica social discursiva, tal como lo plantea Carlos Cárcova, entre otros. Estos nombres representan algunos de los pilares sobre los que se ha construido el pensamiento filosófico y teórico-jurídico en los últimos años. Stammler, Rudolf. *El Juez*. *Op. Cit.* pp. 112 y ss; Cossio, Carlos. *La teoría egológica*. Su problema y sus problemas. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963; Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. *Op. Cit.* pp. 283 y ss; Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino Barcelona: Ariel, 1997, pp. 186 y ss; Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 161 y ss; *Derecho y razón práctica*, México: Fontamara, 1998, pp. 16 y ss; *Teoría de la argumentación jurídica*. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 213 y ss. Cárcova, Carlos. *Las teorías jurídicas post-positivistas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, pp. 155 y ss; *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta, 1999.

¹⁸ Se insiste, además, en que esta tarea que la sociedad encomienda a los jueces, no es sencilla: demanda una alta capacidad de discernimiento que le permita aplicar los principios y las normas, de naturaleza general, al caso concreto, lo cual, en determinados casos –los llamados casos difíciles–, exige un especial esfuerzo para hallar la máxima racionalidad posible en el fallo. Stammler, Rudolf. *El Juez*. *Op. Cit.* pp. 40 y 44; y Dworkin, Ronald, “Natural Law Revisited” (“Retorno al Derecho Natural”), *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, invierno de 1982, pp. 165-188. En “Derecho y Moral: ensayos analíticos”, Barcelona: Ariel, 1990, pp. 21 y 24.

¹⁹ La tendencia del discurso jurídico contemporáneo a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea el tema que se trate, en términos de “derechos”, la textura abierta del lenguaje jurídico, el poco grado de determinación de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de visualizar de antemano los detalles que conforman la particularidad de cada caso, hacen que surja una especie de “vacío de racionalidad”, que ha de ser llenado por el juez. Para ello, tiene que aplicar las reglas que rigen la racionalidad práctico-jurídica, razón por la cual, la cuestión respecto de las razones justificativas de

eso, la argumentación y la apelación a los principios como soporte de la actividad judicial, han adquirido un lugar preponderante en el marco de esta reflexión²⁰.

La corrección en el ámbito de la decisión judicial está emparentada de manera directa con el derecho de alguien, que es su titular y, por ende, tiene una legítima expectativa de que éste le sea reconocido²¹. Este vínculo entre decisión y corrección es necesario por cuanto se trata de una exigencia de justicia, que tiene vocación de universalidad²². Sobre el particular, afirma Robert Alexy que existe una dimensión crítica y reflexiva en lo jurídico que corresponde, precisamente, a esa exigencia de justicia²³. Esta dimensión crítico-reflexiva, en tanto presupuesto de cualquier ponderación, remite a una concepción del derecho y de su validez que va más allá de las tesis

la sentencia entra a ocupar un lugar central en la reflexión en torno a la corrección de los fallos judiciales. Cfr. Hart, Herbert. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, trad. Genaro Carrió, 1998, 128 p; Vid. Massini, Carlos. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Tomo 1, 1994.

²⁰ Hoy, es lugar común el reconocer que a la ley, por su naturaleza y especificidad, no le corresponde la pretensión de abarcar todos los casos litigiosos que puedan presentarse en torno a los derechos de las personas o, aun habiéndola, debe modularse a los hechos concretos y ser interpretada. Por eso, frente a casos concretos respecto de los cuales no siempre hay norma aplicable, el juez está obligado a buscar la solución que más se ajuste al derecho exigido –o que se halla en disputa–, para lo cual, los teóricos insisten en la importancia de la lógica –nivel formal de la argumentación– y el respeto por los principios como mandatos de optimización dentro del ordenamiento jurídico. Estos principios están sujetos a la ponderación por la tensión que puede surgir entre ellos –no se habla de antinomias a nivel de los principios– y tienen la propiedad del peso (un peso mayor o menos frente a otros principios). Además, pueden ser desplazados por otros principios y someten a los jueces cuando se presentan casos difíciles. Así, los jueces no crean derechos a través de sus decisiones sino que fijan derechos ya existentes. Cfr. Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Op. Cit. pp. 11; Sobrevilla, David. “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”. En *Isonomía* número 4, 1996, México, pp. 98; Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, pp. 190 y ss.

²¹ Ello, más allá del debate planteado –especialmente por las teorías críticas del derecho– respecto de si existe una única solución correcta a una situación jurídica particular, o pueden ser muchas. Cfr. Cárcova, Carlos. *Las teorías jurídicas post-positivistas*. Op. Cit., pp. 161.

²² *Ibid.* pp. 39-40.

²³ Alexy, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, 31 p.

normativistas²⁴. Por tanto, despojar la decisión de dicha pretensión, es borrar los límites entre lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto, en aras legitimar intereses personales o colectivos que no se corresponden con el fin propio de la función judicial²⁵. Sin distinción entre lo correcto e incorrecto, no hay posibilidad de hablar de decisiones judiciales que realicen de manera efectiva los derechos²⁶.

El énfasis que han puesto los teóricos en los *derechos*, ha tenido como efecto el retorno de la ciencia jurídica a las ciencias prácticas, es decir, a su consideración como un saber que se ocupa del estudio de la conducta humana. Toda norma jurídica tiene un supuesto de conducta y se expide para regularla. Este hecho ha contribuido al restablecimiento de los vínculos del derecho con otras ciencias como la Ética y la Política, y se ha replanteado sus mutuas incidencias y relaciones en las decisiones judiciales²⁷. Con esto, tal como lo plantea Arthur Kaufmann, se restablece la unidad existente entre los rasgos materiales y formales de las normas, a las cuales, producto de la modernidad, se limitó el concepto de *derecho*²⁸. Así, la justicia se convierte en un criterio básico de valoración de las decisiones judiciales.

²⁴ Esto no significa, en modo alguno, que la ponderación solucione la multiplicidad de problemas que se presentan en torno a las decisiones judiciales. Como señala Carlos Bernal Pulido, “(...) la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los tribunales constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios. A pesar de ello, la ponderación se sitúa en el centro de muchas discusiones teóricas, que revelan que algunos aspectos tales como su estructura y sus límites, aun distan de estar del todo claros”. Bernal, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”. En: *de Filosofía del Derecho*, Doxa, número 26, Universidad de Alicante, 1989, 5 p.

²⁵ Vid. Alexy, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Op. Cit. 41 p.

²⁶ Con esto, se da un giro del término derecho hacia la expresión “*los derechos*”, con la que se ha querido significar el término mismo “derecho”.

²⁷ Tal es el caso de Ronald Dworkin quien, a partir de su *concepción integral* del derecho, asume una postura crítica frente a los que denomina “*dogmas del positivismo*”, a saber: el de la existencia de una regla maestra como fundamento de validez del sistema jurídico; el de la discreción judicial y la posibilidad de que el juez cree normas y las aplique retroactivamente; y el de la consideración de la norma como única fuente de obligación jurídica. Vid. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit. pp. 43-102; Vid. Cardenas, Alberto y Guarín, Édgar. *Filosofía y Teoría del Derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann*, Bogotá: Universidad Santo Tomás. 2006, 202 p.

²⁸ Sostiene el filósofo del derecho alemán que, producto de la modernidad, el derecho y ley se unificaron por el capitalismo, la industrialización, la economía y se crea el

En sus consideraciones en torno a la justicia, la teoría del derecho contemporánea ha hecho énfasis en la libertad y la igualdad como dos derechos cuyo respeto, es signo de su realización²⁹. Una libertad e igualdad concebidas como *naturales*, en el sentido de que, con ellas, todos los hombres nacen y, por tanto, son criterio básico de juicio para medir la corrección, tanto de la legislación, como de la administración de justicia³⁰. De allí la importancia que adquiere la función judicial como el medio idóneo para garantizar la efectiva protección de dichos derechos, lo cual se convierte en uno de los baremos más importantes para medir la corrección de un fallo³¹. Esto se puede advertir en los ejercicios de ponderación que tiene que realizar el juez en el ejercicio de su función frente a algunos casos de difícil solución; en ellos, se otorga preferencia circunstancial al principio con mayor valor, importancia o peso en el caso concreto. Mediante un ejercicio de métrica que le permite comparar los diferentes valores en conflicto, quien juzga desplaza un principio y para aplicar otro, teniendo presente que la cantidad de lesión

espacio para que el individuo realice su personalidad moral a través de su libertad; entonces, del poder del soberano se deriva la validez de la ley. Ello generó una ruptura entre los rasgos materiales y formales de la ley, en donde el contenido de la norma no importa y el juez se convierte en un autómata, un mero computador, aplicador de unas leyes, muchas veces injustas. Por eso, plantea una *teoría de la equiparación* en donde el juez hace confluir la ley general-abstracta, y el caso individual-concreto, los cuales se encuentran en distinto plano categorial –plano del deber ser y del ser–. Así, la función judicial va más allá de la mera subsunción del caso bajo la norma, y se constituye en un acto hermenéutico –clave para la historicidad del derecho– cuyo referente fundamental son los derechos de las personas, especialmente aquellos que le corresponden en cuanto persona: “el derecho puede ser legitimado, en últimas, únicamente cuando garantice a cada quien aquello que le corresponde como persona”. Kaufmann, Artuhr. *Filosofía del Derecho. Op. Cit.* pp. 277, 280 y 372.

²⁹ Es el caso de Ronald Dworkin que sigue el modelo contractualista que plantea que la libertad y la igualdad son los dos principios que integran una noción de justicia capaz de consenso. Dworkin se muestra especialmente sensible frente al tema de la igualdad y el respeto. Al Estado le corresponde distribuir bienes u oportunidades de manera igual, por cuanto todos los seres humanos merecemos igual consideración. Sugiere Dworkin que el derecho a ser tratado como igual debe ser considerado fundamental dentro de la concepción liberal de la igualdad, y que el derecho –más restrictivo– a igual tratamiento sólo es válido en aquellas circunstancias especiales en que, por alguna razón especial, se sigue del derecho más fundamental. Vid. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio. Op. Cit.* pp. 335-339; Cfr. Rawls, Jhon. Teoría de la justicia. México: Fondo de cultura económica, 1997. 235 p.

³⁰ Vid. Rousseau, Jean. El contrato social, versión virtual, elaleph.com, 1999, 4 p.

³¹ Vid. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio. Op. Cit.* pp. 277-278.

o frustración de un principio depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna; y a la inversa, el peso de este último está en función del grado de lesión de su opuesto. En todo este procedimiento la libertad y la igualdad tienen principalidad sobre los demás derechos, según las condiciones de aplicación al caso concreto que se está juzgando³².

Paradójicamente, esta centralidad de la reflexión sobre la función judicial al interior de la Filosofía y la Teoría del Derecho contemporáneas, no ha contribuido a mejorar los niveles de insatisfacción que existen actualmente frente a la administración de justicia. Indagar por las posibles causas de este

³² La importancia que se da a estos derechos ha llevado a su consideración como principios básicos que integran la noción de justicia. Arango Rivadeneira señala cómo Ronald Dworkin resalta la importancia que tiene la interpretación de dichos principios por parte del juez, en la búsqueda de la respuesta correcta en un caso determinado: “Una interpretación plausible de las prácticas jurídicas, considera que esta es paralela a la interpretación literaria, en cuanto pretende mostrar que una obra puede ser vista como la mejor obra de arte y, por ello, se adecúa a las características formales de identidad, coherencia, integridad, y a consideraciones más sustanciales del valor artístico. Es así como la interpretación jurídica debe satisfacer dos dimensiones: adecuarse a la práctica, y mostrar su valor. El derecho visto desde la perspectiva interna y partir de la interpretación artística, se revela como una práctica social interpretativa: 1) creativa-constructiva, 2) valorativa-justificatoria y 3) pragmático – argumentativa”. Los teóricos del derecho que, como Dworkin y Alexy, insisten en la importancia de los principios, señalan cómo éstos, a diferencia de las reglas, no contienen mandatos definitivos y, por ende, no dan razones definitivas, lo cual exige a quien realiza el acto judicial aplicar un criterio de máxima proporcionalidad. Por eso, cuando un principio entra en colisión con otro, el juez ha de tener en cuenta que la posibilidad de realización de una norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. De allí que se precise sopesar. Es por ello que la ponderación es una implicación del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. En este contexto la figura del operador jurídico es central porque él es el que pondera. El término *ponderación* deriva del latín “*pondus*” que significa peso, lo cual implica que cuando el juez pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Allí, las razones que juegan en sentido contrario, son fundamentales y, por ende, la capacidad argumentativa entra a ser determinante. Entonces, la necesidad de coherencia y a la ausencia de contradicciones entre los diferentes argumentos empleados, así como una adecuada hermenéutica, se tornan exigencia para el juez, a quien se le ha encargado institucionalmente la función de proteger los bienes jurídicos y dar a cada uno su derecho, solucionando los conflictos que se presentan y, frente a los cuales, muchas veces se suministran justificaciones diferentes y oponibles. Vid. Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Op. Cit. 15 p.; Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit. pp. 88, 11 y 166-167; y Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Uniandes y Siglo del hombre, 1999, 16 p.

fenómeno, constituye un punto de partida para la búsqueda de alternativas que contribuyan a su solución, tema que se aborda a continuación.

1.3. EL PROBLEMA EN TORNO A LA RACIONALIDAD PRÁCTICA Y SUS EFECTOS EN MATERIA DE DECISIÓN JUDICIAL

El acto de juicio que realiza el juez es de naturaleza práctica. Esto significa que su racionalidad trabaja en el orden de la acción, con la cual se busca realizar un fin. El estudio de esta forma de racionalidad orientada al obrar mostró su complejidad desde los orígenes mismos del pensamiento filosófico; de ello da cuenta Aristóteles en *La Metafísica* al afirmar que las ciencias que tratan de la naturaleza son evidentemente distintas a las ciencias prácticas, por cuanto el movimiento no está en lo que se hace, sino más bien en quienes lo hacen, lo cual demanda para su estudio un modo de proceder distinto al empleado en las ciencias naturales³³.

Con el giro en la concepción del conocimiento acontecido en el siglo XIX el impulso de la manera propia de conocer de las ciencias empíricas generó efectos para otras ciencias que, como la jurídica, no tratan solamente de captar lo que es la realidad, sino de dirigir la actividad del hombre³⁴. El énfasis en lo teórico, hizo que el conocimiento que se utiliza con vistas a la acción pasara a plano secundario, siendo adjetivado como carente de verdad y de valor objetivo. El saber teórico se elevó como auténtico saber y el conocimiento verdadero se restringió al ámbito de la ciencia empírica, no teniendo cabida allí, aquel que se ocupa de la acción humana³⁵.

En el ámbito jurídico, la doctrina sobre la pureza del derecho muestra esta tendencia decimonónica a potenciar el razonamiento teórico jurídico y evidencia también sus consecuencias para la función judicial, en la que el razonamiento práctico es nuclear, por cuanto se trata de decisiones humanas que, si bien tienen un referente teórico —el derecho—, se toman con miras a la realización de una finalidad que es la administración de

³³ Vid. Aristóteles. *La Metafísica*. Libro IX, Cap. 8.

³⁴ Cfr. Gadamer, Hans. *Verdad y método I, fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: sígueme, 1993, pp. 31.

³⁵ Legaz Lacambra, L. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: 1943, pp. 55, 56 y 61. Cit. Martínez Doral, José María. *La estructura del conocimiento jurídico*. Pamplona: Eunsa, 1963, p.16.

justicia. El voluntarismo y el conceptualismo jurídico son las dos actitudes fundamentales que caracterizan las perspectivas actuales del pensamiento en torno a la función judicial, las cuales son herencia del referido giro en la concepción del conocimiento. Para el voluntarismo jurídico “la elección que lleva a cabo el creador del derecho entre las varias posibilidades que la norma superior le deja abiertas, es una decisión totalmente irracional. No hay allí ningún acto de conocimiento, sino solamente un acto de voluntad “libre”, de opción injustificada”³⁶. El creador del derecho es el juez quien hace su elección en un acto determinado exclusivamente por la voluntad, que es afectada por múltiples factores de índole personal y social³⁷. Para el conceptualismo jurídico –por su parte– las decisiones de los jueces son el producto de un simple proceso deductivo a partir de la norma positiva, afirmándose así el proceso racional y eliminándose totalmente la elección voluntaria. En cada concepción subyacen conceptos del derecho diferentes, lo cual repercute en las decisiones judiciales.

En el trasfondo de este afianzamiento de la ciencia empírica y la consecuente crisis del razonamiento práctico, hay un cambio en la concepción misma del conocimiento. El referente al *ser* como punto de partida de la actividad intelectual humana es reemplazado por el sujeto que realiza la acción de conocer y, con ello, la limitación del conocimiento a lo que el sujeto capta gracias a sus sentidos o elabora racionalmente, poniéndose en cuestión la posibilidad de que la inteligencia se alimente de la *realidad del ser* que existe fuera de ella³⁸. Así, después de este giro hacia el sujeto, la validación del conocimiento en todos los campos del saber, dejó de darse por el contraste con lo real, es decir, lo que no es el sujeto, y se radicó en sus operaciones sensitivas o en la operación mental que el intelecto del sujeto realiza³⁹. Desplazado lo *real substancial* en tanto fundamento mismo del

³⁶ Martínez Doral, José María. *La estructura del conocimiento jurídico*. Op. Cit. pp. 78.

³⁷ Cfr. Ferrer Arellano, Joaquín. *Filosofía de las relaciones jurídicas*. Pamplona: Eunsa. 1963, pp. 145-157.

³⁸ El filósofo español Xavier Zubiri, reflexionando sobre el concepto de realidad, afirma que el hombre, por la forma particular de inteligir que tiene, es un ser de y para la realidad. Cuando el hombre va a las cosas, por la forma como la inteligencia entiende esas cosas, las actualiza en su inteligencia, y lo hace como realidad, gracias a la formalidad propia del hombre. En otras palabras, la realidad no es mero estímulo. Vid. Zubiri, Xavier. *El hombre y la verdad*. Madrid: Alianza, 1999, 30 p.

³⁹ Se desconoce así la evidencia de que “la existencia que establece el entendimiento cuando afirma la existencia del mundo exterior es distinta de la suya propia y de la de

conocimiento, se abrió camino una forma distinta de abordar los problemas propios de los niveles de conocimiento que exigen la ciencia y la filosofía, en donde lo primario es el sujeto que siente y piensa la realidad y no la realidad misma⁴⁰. Así, la realidad pasó a ser un *merum cogitandum*, es decir, solamente cosas pensadas y, por lo mismo, dependientes de un “yo”, que se convierte en la nueva realidad radical del conocimiento. El “yo pienso” cartesiano –que es un yo creo, siento, deseo– se convirtió en el primer principio indubitable de una nueva epistemología que entra a ocupar el lugar de la Gnoseología⁴¹.

Dentro de este nuevo horizonte de comprensión, las cosas ya no son más lo que de suyo son, sino lo que el hombre piensa que ellas son o lo que fenoménicamente se puede captar de ellas⁴². Se trata de un pensar que

su representación”. Gilson, Etienne. *El realismo metódico*. Madrid: Rialp, 1974, 113 p.

⁴⁰ En los orígenes de este fenómeno está el pensamiento de René Descartes que logró traducir a pensamientos lo que la sociedad europea vivía en aquel momento histórico: el derrumbamiento de grandes certezas que hasta ese momento habían servido de fundamento para la vida del ser humano. A su vez, Descartes se daba a la imperiosa tarea de examinar en esos escombros qué era lo salvable. Los planteamientos de Copérnico, Lutero, Maquiavelo, en las diversas áreas del conocimiento, trajeron como consecuencia el poner en cuestión todas las grandes verdades vigentes acerca de Dios, la historia, el hombre, la cultura, la física, la astronomía, el derecho, etc.; frente a ello, Descartes, para aportar una solución a la vaguedad reinante, parte de la evidencia de lo empírico, pero, a su vez, propone dudar de la realidad de esa experiencia. Así, propone su reconocida duda como camino para la búsqueda de ideas claras y distintas, en donde el escepticismo se vuelve camino para llegar a la certeza. Por las sendas de la duda metódica, llega a un punto en donde no les posible lógicamente dudar más; dicho punto lo constituye la propia existencia y, concretamente, la conciencia que tiene del propio pensar (*ego cogito*). A medida que el incipiente *ego cogito* cartesiano fue avanzando, la idea como punto de partida de conocimiento, ocupó puesto de primer orden en el mismo, lo cual sirvió como base para que, años más tarde, se construyeran las tesis defendidas por el idealismo alemán. Descartes, René. *Discurso del método*. Madrid: Orbis, 1983, pp. 59-63; Cfr. Verneaux, Roger. *Historia de la filosofía moderna*. Barcelona: Herder, 1984, pp. 17-42.

⁴¹ A partir de este momento, lo importante en el conocimiento serán los métodos de verificación aportados por la ciencia y no el conocimiento de lo real y la manera de abordarlo según las distintas formas ofrecidas, dentro de las cuales está la filosofía. Como señala Saumels, el término epistemología es producto de esta filosofía moderna y está referido, fundamentalmente, al conocimiento científico. El término gnoseología es más amplio: alude a la teoría general del conocimiento. Vid. Saumels, Roberto. *Epistemología*. Madrid: GER, Rialp, 1989, tomo VIII, 702 p.

⁴² El término realidad indica que las cosas tienen “de suyo”, cuyo acceso implica ir más allá del nivel de lo sensitivo. Un perro, como acontece con el hombre, también ve el

contiene al ser: “*a nosse ad esse valet consequentia*”⁴³. Este giro radical en el conocimiento, según el cual el pensamiento genera el ser, ya no requiere de la filosofía, que indaga por el ser de las cosas⁴⁴. El efecto inmediato fue la sustitución de la metafísica por la lógica y, de ésta, por las teorías críticas del conocimiento⁴⁵.

El acento y preeminencia que se da desde entonces a la forma de conocimiento propia de la ciencia empírica, generó una ruptura entre el conocimiento –razón teórica– y la acción –razón práctica–⁴⁶. El concepto de “bien” se tornó en un ideal que orienta la vida, pero carente de contenido universal. De este modo, el contexto y las prácticas individuales se convirtieron en el factor determinante de la verdad sobre la conducta buena; y, como esas prácticas y esos contextos son variables, los principios estructurales supra-individuales orientadores de la conducta, empezaron a ser objeto de cuestionamiento. De esta manera, se perdió el referente real al

agua como independiente de él; pero no entiende la realidad del agua. El “de suyo” es lo que le incumbe a la cosa, independientemente del sujeto que la conoce. Vid. Zubiri, Xavier. *Op. Cit.* 30 p.

⁴³ Gilson, Etienne. *El realismo metódico. Op. Cit.* 39 p.

⁴⁴ El Estagirita considera que el objeto de la metafísica es la indagación por los principios y fundamentos de las cosas. Por eso, la consideró “filosofía primera”, la forma más elevada del conocimiento. Aristóteles, *La Metafísica*, I, 1.

⁴⁵ Esto explica la razón por la cual, dentro de la producción intelectual de la modernidad, las obras de lógica ocupan un lugar preeminente. Desde Leibniz la lógica matemática permeó todas las esferas del saber, especialmente, al Derecho, al punto que en la formación de los juristas, ésta ocupan un lugar preeminente. La actividad judicial se concibe, desde esta perspectiva, como una forma de lenguaje fundado en la lógica. En razón de esto, la Teoría del Derecho ha dedicado buena parte de sus reflexiones al tema lógico. Los amplios espacios de reflexión que le dedican autores como el profesor Eduardo García Máynez a los problemas de la lógica en el Derecho –por sólo citar un ejemplo–, dan cuenta de ello. Vid. GARCÍA M. Eduardo. *Lógica del juicio jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1955. Sobre la importancia de la lógica en el conocimiento humano, Vid. Russell, Bertrand. *El conocimiento humano*, Madrid: Orbis, 1983, pp. 87 y ss.

⁴⁶ Así, la distinción entre los usos teórico y práctico de la razón –a la cual se aludirá más adelante– desaparecen, por cuanto se considera que la naturaleza del saber humano es enteramente teórica. En el campo del Derecho son paradigmáticos los esfuerzos de Hans Kelsen por mostrar la índole teórica de dicha ciencia. Cfr. Errázuriz, M. Carlos J. *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Hans Kelsen*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1987, pp. 96 y ss. Cit. Mora Restrepo, Gabriel. *Ciencia jurídica y arte del Derecho*. U. Sabana-Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 38.

cual dirigir el objeto de la conducta, dejándose su determinación en manos del sujeto individual o colectivo.

Desde esta perspectiva, conceptos tales como dignidad humana, libertad, igualdad y justicia –entre otros–, empiezan a adquirir distintos significados según la “idea” que se tenga de ellos. Esta “idea”, según David Hume –uno de los soportes teóricos más importantes del kantismo⁴⁷–, es, fundamentalmente, producto de los sentimientos, de tal forma que, el discernimiento respecto del obrar y dentro de él, la distinción entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, se deja en manos del sujeto que siente y desea⁴⁸. A estas conclusiones llega el filósofo inglés al aplicar el método experimental –propio de las ciencias naturales– al obrar humano: dado que los hechos observables sobre la conducta humana muestran su variabilidad, se infiere que, en este campo, no hay verdad sino relatividad. De este modo, toda la fundamentación de la acción humana queda reducida al querer de la persona⁴⁹.

Con Immanuel Kant, este giro hacia la subjetividad va a alcanzar su más alto grado de afirmación, al igual que sus repercusiones en el ámbito de lo práctico⁵⁰. Partiendo de la consideración de que los juicios del conocimiento científico son universales y necesarios, Kant afirma la razón teórica propia de la ciencia empírica, a la que se considera capaz de alcanzar ese conocimiento

⁴⁷ Vid. Verneaux, Roger. *Historia de la filosofía moderna. Op. Cit.* 159 p.

⁴⁸ Vid. Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana* II. Madrid: Orbis, 1984, 597 p.

⁴⁹ Paradójicamente, este viraje de la filosofía hacia la subjetividad, que fue considerado como el logro más valioso de la modernidad, se ha convertido en su mayor frustración, por cuanto agitó en el hombre la conciencia de una libertad vista en términos absolutos y la dotó de un significado tal que, ésta se ha vuelto contra él violentamente, producto de la segregación de la unidad estructural del acto humano, esto es, de lo intelectual y volitivo que lo especifican. La voluntad escindida de la inteligencia hace que el hombre pierda su capacidad de “obrar humanamente”, esto es, de dar “sentido o significado a la propia actividad, y a través de la actividad a la misma existencia” Gevaert, Joseph. *El problema del hombre*. Salamanca: Sígueme, 1987, 188 p.

⁵⁰ En la fundamentación de la *Metafísica de las Costumbres*, Kant va a afirmar que “la buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice ni por su aptitud para alcanzar algún determinado fin propuesto previamente, sino que sólo es buena por el querer, es decir, en sí misma, y considerar por sí misma es, sin comparación, muchísimo más valiosa que todo lo que por medio de ella pudiéramos realizar en provecho de alguna inclinación y, si se quiere, de la suma de todas las inclinaciones”. Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. Manuel García Morente, Madrid: edición de Pedro M. Rosario, San Juan -Puerto Rico, 2007, 8 p.

objetivo, universal y necesario; y, a la vez, obceca la razón práctica que, si bien direcciona la conducta humana mediante modelos ideales, no tiene más fundamento que la voluntad⁵¹. Consecuencia de ello ha sido el que en el campo del obrar humano, lo importante sea el querer del sujeto individual o social, que genera ideales de conducta, que encierran un *deber ser* escindido del *ser*⁵². Allí, la valoración de la conducta es llevada a lo íntimo del sujeto y el contenido de los actos humanos se vuelve variable, por cuanto el ideal de perfección de cada hombre y de cada cultura es distinto⁵³. Surge entonces un relativismo gnoseológico en el ámbito del obrar humano, que limita la validez del juicio práctico al sentimiento del sujeto singular o colectivo⁵⁴.

Así, la razón, vuelta objeto de sospecha en el campo práctico, se ordena a la consideración lingüística⁵⁵. La filosofía, entonces, deja de lado el ser y se orienta hacia el lenguaje, lo cual ha tenido gran influencia en el campo

⁵¹ García Morente, Manuel. *La filosofía de Kant*. Madrid: Espasa-calpe, 1982, pp. 93 y 137.

⁵² La empresa iniciada en la Escolástica por Duns Scoto (1266-1308) y por Guillermo de Ockham (1290-1349) consistente en el cuestionamiento del valor y del alcance del conocimiento humano, quedó consumada en estas posturas propias del idealismo crítico kantiano. Duns Scoto afirmó la preeminencia del conocimiento intuitivo sobre el conocimiento abstractivo apoyado en el hecho de que el conocimiento intuitivo supone la existencia y presencia inmediata del objeto al cognoscente. De allí concluye el carácter supletorio del saber abstractivo respecto del conocimiento intuitivo. Más tarde, Guillermo de Ockham radicalizará la distinción entre conocimiento intuitivo y abstractivo al afirmar que lo real solamente puede ser conocido por un conocimiento singular que dé cuenta de la existencia de las cosas, porque la noticia abstractiva, en razón de su carácter universal, implica un claro desentendimiento de lo que es real. Así, se redujo el objeto de la inteligencia al orden singular. Vid. Regó, Francisco. “Relativismo gnoseológico: causas y consecuencias en la cultura actual”. En: *XXXIII Semana Tomista internacional*, Buenos Aires, 2008, memorias, pp. 3-4.

⁵³ *Ibid.*, 162 p.

⁵⁴ No obstante haber sido así, la posición relativista es gnoseológicamente insostenible. En realidad, ninguna persona es relativista porque, diga lo que diga, siempre va a asumir algo como verdadero, así sea su propia posición relativista. En el plano del lenguaje, al que se ha venido refiriendo, si se es en verdad relativista se tendría que callar para siempre, por cuanto no se podría hablar con nadie, toda vez que, para entender a otro, al menos hay que saber qué dice y, si se es relativista, ello no podría saberse. Y, como el solipsismo puro es inconsistente con la existencia misma del lenguaje, toda posición relativista queda desvirtuada. Vid. Sanguinetti, Juan. “Relativismo y contextualidad”. En: *XXXIII Semana tomista internacional*, Buenos Aires, 2008, memorias, 3 p.

⁵⁵ Cfr. FORMENT, Eudaldo. *Lecciones de metafísica*, Madrid: Rialp, 1992, pp. 294-300.

jurídico, especialmente en autores como J. Austin⁵⁶ y H. Hart⁵⁷. Introducido el problema lingüístico en el derecho, el análisis de la complejidad semántica se vuelve el centro fundamental de atención de los juristas. Con esto, se rechaza cualquier consideración del derecho en términos de “ser” puesto que se considera que el comportamiento humano se produce y reproduce por medio del lenguaje que se expresa en una serie de reglas⁵⁸. Y, dado que el lenguaje es convencional, también lo termina siendo la realidad a la que éste refiere⁵⁹.

⁵⁶ AUSTIN, John. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. Felipe González, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. En el texto, Austin desarrolla la idea de que todo derecho posee una estructura formal idéntica expresada en un conjunto de principios fundamentales que son la base de todo orden jurídico, en donde el poder de la razón cumple un papel determinante.

⁵⁷ HART, Herbert. *El concepto de Derecho. Op. Cit.* pp. 196-207. En el texto, Hart liga el derecho a un fenómeno espacio-temporal: el lenguaje común y el científico.

⁵⁸ En esta línea de pensamiento, Leo Strauss señala que se pueden distinguir al menos cuatro formas de negación de posibilidad de conocimiento verdadero, objetivo y universal, en el ámbito del razonamiento práctico. Estas formas son: la liberal, la historicista, la positivista y la nihilista. La primera de ellas, la liberal, personificada en la figura de Isaiah Berlin, contrapone el conocimiento objetivo del bien a la autonomía irrestricta del sujeto, es decir, sacrifica la verdad en razón de la variabilidad de lo atinente al obrar humano; la historicista, que remite al historicismo alemán decimonónico, sacrifica la verdad por la absoluta variabilidad espacio-temporal; la positivista, por su parte, niega la verdad de normas y valores en homenaje a las ciencias empíricas que son las únicas capaces de proporcionar conocimiento de tal carácter; finalmente, el relativismo nihilista que corresponde a un historicismo radical, negador de todo sentido. Afirma Berlin que su concepto de libertad implica que “puedo hacer lo que me plazca conmigo mismo. Soy un ser racional y no puedo destruir a mi paso, siendo racional (...) esta es la doctrina positiva de la emancipación por la razón”. Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, trad. A. Rivero, Madrid: Alianza, 2008, 77 p. Vid. Strauss, Leo. *El renacimiento del racionalismo político clásico*, ed. T. Plange, trad. A. Aguado, Buenos Aires: Amorrortu, 2007, pp. 63-67.

⁵⁹ Esta manera de concebir las cosas tiene antecedentes registrados por la filosofía antigua y medieval: los sofistas, los escépticos y los nominalistas asumieron una actitud pesimista respecto de la capacidad cognitiva humana; allí, la inteligencia humana se concibe como incapaz de alcanzar la verdad, por cuanto, su naturaleza es material y, si bien no se niegan las funciones cognitivas sensoriales e intelectuales, se sostiene una relación entre el sujeto y la realidad caracterizada por la variabilidad según las circunstancias, sobre todo temporales. El campo del conocimiento más afectado por estas tendencias ha sido el práctico en donde “del individualismo utilitarista hemos concluido en el nihilismo (...) exige que el hombre no tenga, ni siquiera como pretensión personal, la de conquistar su perfección”. Martínez-Sicluna, Consuelo. *Las falsificaciones ideológicas del bien común. En El Bien Común, cuestiones actuales e*

Con lo anterior, se cierra la posibilidad de encontrar verdades universales en el campo de la acción humana; todo queda en manos de la autonomía en cuanto libertad personal, del devenir histórico o de las condiciones propias de cada tiempo y lugar⁶⁰. Perdida la referencia al ser, la valoración del obrar humano no puede fundamentarse más en la distinción real entre lo que daña y lo que preserva –allí lo justo y lo injusto–, sino que se funda en la voluntad del sujeto o en el sentir colectivo⁶¹. Se origina, entonces, una combinación entre relativismo práctico y legalismo: éste exige que las leyes positivas estatales amplíen sus espacios a formas de conducta que, en otros momentos históricos o concepciones de vida, eran reprochables⁶². Son “*leyes alternativas*”, que no reflejan valores, sino acuerdos para la convivencia⁶³. Así, la relación entre la ciencia jurídica, el derecho y la justicia se desvanece. De allí que los teóricos del derecho hayan optado por

implicaciones político-jurídicas. Editor Miguel Ayuso, Madrid: Fundación Elías de Tejada, 2013, 67 p.

⁶⁰ Habermas señala sobre el particular: “cuando la moral en cierto modo se vuelve autónoma y en las sociedades de nuestro tipo ya no puede apoyarse sin más en la eticidad *sustancial* (...) entonces sobre los débiles hombros de la persona individual empieza a pesar una carga nada desdeñable”. Habermas, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, 101 p.

⁶¹ Claudia Ferman en su libro *Política y posmodernidad* afirma sobre el particular: “(...) la autonomía, la irreductibilidad de cada uno como principio que no puede ser violado en la construcción de cualquier relación. Principio que no sólo alude al individualismo posesivo, al egocentrismo, al egotismo, al narcisismo, sino a que la persona es por principio libre y, en ese sentido, debe ser libre sintiendo, pensando, en todos sus actos. No debe ceder ante nadie nunca ese derecho conquistado que es la libertad individual”. Ferman, Claudia. *Política y posmodernidad*. Buenos Aires: Almagesto, 1994, pp. 50-51.

⁶² Una de las fuentes de esta manera de concebir el conocimiento práctico proviene del Empirismo Inglés, para quien, como la razón consiste en el descubrimiento de la verdad o la falsedad, y éstas a su vez consisten en un acuerdo o desacuerdo con la existencia y los hechos empíricos, entonces, todo lo que no sea susceptible de tal acuerdo o desacuerdo es incapaz de ser verdadero o falso y, en ningún caso puede ser objeto de nuestra razón. Por eso, lo que toca con las pasiones y voliciones –que son puestas en el origen de la actividad práctica– son incapaces de tal acuerdo o desacuerdo, en cuanto que son hechos y realidades originales completos en sí mismos, por lo cual es imposible que allí se pueda aplicar razón. Vid. Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana* III, sección I, Madrid: Orbis, 1984, pp. 675 y 676.

⁶³ Con base en esto John Rawls plantea una serie de condiciones para que la comunidad internacional alcance la justicia entre los pueblos, entre los cuales está el que “los pueblos tienen el deber de asistir a otros pueblos que viven bajo condiciones desfavorables que les impiden tener un régimen político y social justo y decente”. Este régimen social político y social justo y decente lo da la democracia. Rawls, John.

construir diversos conceptos del *derecho* y de la *función judicial* que sirvan a una seguridad construida procedimentalmente que, o bien dejan de lado la justicia por considerar que respecto de ella, en cuanto perteneciente al campo del conocimiento práctico, no se puede predicar verdad, o bien la reducen a un ideal de contenido relativo como acontece con el derecho mismo⁶⁴. Las siguientes palabras del jurista austriaco Hans Kelsen, dan cuenta de ello: “Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa [...]”.

El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública. Barcelona: Paidós, 2001, 50 p.

⁶⁴ En este contexto, los objetos material y formal de la ciencia jurídica –que está referida al obrar humano–, se han vuelto, de tal forma indeterminados, que los teóricos del derecho no han cesado de buscarlos, planteando diversas hipótesis sobre los mismos. Así, en la búsqueda de tales objetos –cuya determinación es fundamental para alcanzar la identidad que demanda cualquier ciencia para su definición–, se han propuesto distintas *fuentes* de derecho, entre ellas, las normas, las costumbres, las decisiones judiciales, los criterios de interpretación, la argumentación, el consenso, etc., como su objeto material de estudio. Y, respecto del objeto formal, las tendencias han sido –mayoritariamente– procedimentalistas; entre ellas se cuentan las que enfatizan el respeto por las formas y el sujeto generador de las normas, como en el caso de Hans Kelsen; la rigurosidad del discurso, como en el caso de los teóricos de la argumentación; las consensualistas, como en el caso de John Rawls y Ronald Dworkin; la regla de reconocimiento, como en el caso de Herbert Hart. Vid. Mora, Gabriel. *Ciencia Jurídica y arte del Derecho*, Op. Cit. 3 p. Empero, estas tendencias procedimentalistas, históricamente han puesto en evidencia sus limitaciones. La idea de que el respeto por lo formal basta como criterio para obtener una verdad provisional, sin referencia al contenido, ha sido dejada de lado al interior de la Teoría del Derecho. Sobre el particular señala Édgar Bodenheimer: “Ningún estudio meramente formal del Derecho resolverá el problema de por qué el Derecho se encuentra en los Estados totalitarios contemporáneos en una posición harto precaria. Si queremos considerar el Derecho, hemos de considerar su contenido. Habremos de considerar la manera de hacer la distribución de derechos, poderes y deberes de los individuos, grupos y gobiernos dentro del sistema social, de manera que garantice el imperio y la supremacía del Derecho”. BODENHEIMER, Édgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983, 10, pp. Y, a juicio de Arthur Kaufmann, las tesis formalistas tienen de base una concepción de la verdad práctica que ha de ser complementada mediante un criterio material que dé objetividad en el este ámbito del conocimiento humano. Por tal razón, plantea una teoría de la convergencia que asocia la teoría de la correspondencia de Aristóteles con la teoría del consenso. Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Op. Cit. 497 p. En esta misma línea de pensamiento, Aulis Aarnio afirma que “el derecho, (...) tiene que referirse a diferentes tipos de razones materiales; o bien a razones teleológicas o a razones de corrección (...)”. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, 15 p.

*Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia y de la tolerancia*⁶⁵.

El énfasis en lo procedimental y la relativización del conocimiento práctico, tuvo también como efecto la ubicación –de manera exclusiva– de la Ciencia Jurídica dentro de las disciplinas sociales. Allí, la Sociología, la Economía y la Política, empezaron a ejercer una marcada influencia sobre la ciencia jurídica, al punto de desplazar sus objetos propios de estudio y su fundamento⁶⁶. Dicho fundamento se desplazó totalmente de la realidad personal del ser humano a su dimensión social, tal como acontece con las tendencias positivistas, tanto normativistas como sociologistas⁶⁷. Como la nota común de las ciencias sociales es que están referidas al medio social, los objetos propios de la ciencia jurídica también quedan determinados por él⁶⁸.

⁶⁵ Kelsen, Hans. *Qué es la justicia*. Barcelona: Ariel, Barcelona, 2001. 63 p.

⁶⁶ Esta “ocupación del espacio del Derecho”, bien puede llamarse un aluvión de las ciencias sociales sobre la ciencia jurídica. El aluvión en el Derecho Civil, se define como el aumento que recibe la ribera de un lago o río por el retiro de las aguas, de manera lenta e imperceptible. Así, a medida que se afianzan los objetos propios de las referidas ciencias sociales, se desvanece el de la ciencia jurídica. Cfr. Velásquez, Luis Guillermo. *Bienes*. Bogotá: Comlibros. 2008. 353 p.

⁶⁷ En el caso del normativismo, el derecho existe para regularla y para solucionar sus conflictos. De esta manera, si se busca lo que va a determinar el objeto de estudio del derecho, se lo encontrará en su carácter normativo: el derecho prescribe como la lógica o la gramática o la moral, en tanto que las ciencias del orden natural describen y explican (...) El imperativo jurídico es hipotético y heterónomo: hipotético en la medida en que la prescripción está subordinada a una condición: abstente de tal acto, si tú quieres tal resultado; heterónoma en la medida en que la prescripción emana de alguien distinto de aquél al que ella se dirige. En Derecho, esta imputación de una consecuencia a la hipótesis se formula así: si un individuo colocado en tal situación no se conduce de tal manera, pertenece al órgano determinado por el autor de la norma ejercer sobre él una coacción definida. El ejercicio de la coacción pertenece al Estado; el derecho es entonces el sistema de normas en el cual se expresa el Estado”. En el caso del sociologismo, “el único objeto posible de la Ciencia del Derecho es el estudio de los sistemas tal como se presentan en su evolución (...) El *hecho social* [...] debe estudiarse como una cosa, mediante el método de la observación. El derecho es en primer lugar un hecho social (...)” Batiffol, Henri. *Filosofía del Derecho*. Colección, ¿Qué sé? México: publicaciones Cruz O., S.A. 1995, pp.23-24 y 9.

⁶⁸ Es cierto que la ciencia jurídica, en cuanto estudia el obrar humano desde la perspectiva relacional, debe tener en cuenta la realidad social –para lo cual se vale de las ciencias sociales sobre las cuales se apoya para obtener conocimientos más específicos sobre dicha realidad–; empero, el separarla de las ciencias humanas y trasladarla sin más al ámbito de las ciencias sociales, desplaza lo específico de su saber y genera confusión

En el ámbito de la Sociología, por ejemplo, se han desarrollado diversas tesis que han dado origen a varias teorías jurídicas, en el esfuerzo por entender científicamente la realidad social⁶⁹. Los científicos de lo social se han esforzado por hacer una especie de “física social”, complementaria a la física natural, con el objetivo de estudiar positivamente el conjunto de las leyes y fundamentos propios de los fenómenos sociales⁷⁰. El énfasis está puesto, entonces, en los hechos sociales para cuyo abordaje se utiliza el método científico⁷¹. Dentro de esos hechos sociales, uno de los más estudiados ha

respecto de sus objetos propios de estudio. Cfr. Hernández, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1980. 47 p.

⁶⁹ KINGSLEY DAVIS refiere que el objeto de la sociología es el análisis de la sociedad humana, en donde la cultura ocupa un lugar determinante. Por eso, “una parte importante de la sociología (...) es el estudio de la naturaleza, el origen y la significación de la cultura”. En este contexto, la sociología busca responder a las siguientes preguntas: “¿Cómo pueden analizarse los sistemas sociales en sus partes o elementos esenciales? ¿Cuáles son los elementos comunes a todos los sistemas sociales? ¿Cuáles son las características variables y cuáles los límites y causas de la variación? ¿Cuáles son las necesidades peculiares de los sistemas sociales y cómo satisface su estructura estas necesidades (...) ¿Qué papel representan el conflicto, la competencia y la cooperación en la vida humana? (...) ¿De qué manera es la personalidad humana un producto social? ¿Cómo crea y utiliza la sociedad a distintos tipos de individuos? (...)”. Kingsley, Davis. *La sociedad humana*, trad. Mazia Floreal, Buenos Aires: Eudeba. 3ra ed. 1969, pp. 4 y 9.

⁷⁰ Señala Armando Valenzuela que, en el siglo XIX, la vida social se convirtió en uno de los principales objetos de preocupación intelectual. En este contexto, Adam Müller en 1808 habla de la nación en términos de “todo viviente”, que se desarrolla según sus propias leyes, fruto de la historia, y cuyo genio propio ha de ser estudiado e interpretado. Valenzuela, Armando. *Sociología y Derecho*. Bogotá: Fundación universitaria San Martín, 2002, pp. 14 y 23.

⁷¹ Este esfuerzo por comprender la realidad social, se encuentra en la filosofía política de pensadores clásicos como Aristóteles y Tomás de Aquino. El Estagirita, en *La Política*, estudia las diferentes formas de gobierno que surgen de la naturaleza social del ser humano, y trata de determinar los efectos de cada régimen, con sus ventajas e inconvenientes, para lo cual parte de los datos obtenidos durante 37 años de análisis de la realidad político-social de los pueblos de la Hélade. Ocurre algo similar con Tomás de Aquino en su opúsculo sobre *El gobierno de los príncipes* en donde analiza la realidad particular de la isla de Chipre y, atendiendo a sus circunstancias, el Aquinate plantea la conveniencia de un gobierno monárquico. Empero, con el advenimiento de la modernidad, estos estudios sociales se hacen siguiendo los derroteros de la ciencia positiva, dejando de lado la reflexión filosófica. Allí sobresalen los nombres de Henri de Saint-Simon, Augusto Comte, Carlos Marx, Herbert Spencer, Emile Durkheim, Max Weber, Herbert Marcuse, Pierre Bourdieu, Niklas Luhmann, Ulrich Beck, Alain Touraine, Manuel Castells, entre otros. Con todo, en unos y otros autores, se evidencia la relación existente entre la sociología, la economía, la política y el Derecho. Cfr.

sido el fenómeno jurídico y, dentro de él, el protagonismo de los jueces en la vida social. Ello ha dado lugar a una Sociología Jurídica Crítica que hace especial énfasis en los derechos humanos contruidos interculturalmente y, dentro de la cual, se abordan temas como el de la legitimidad, la capacidad y la independencia de los jueces⁷². Desde esta perspectiva sociológica, el derecho y la actividad judicial aparecen determinados por factores sociales, económicos, culturales y políticos. La Sociología jurídica, al analizar el fenómeno jurídico, lo sujeta al devenir de la historia, de tal manera que la fundamentación del derecho pasa, necesariamente, por la vida social que se encuentra en constante cambio⁷³. Una vez ubicada la Ciencia del Derecho

Aristóteles, La política. Versión directa del original griego. Prólogo y notas de Manuel Briceño Jáuregui, Bogotá: Panamericana, 2000; Tomás de Aquino, De Regno, Madrid: BAC Mayor, Opúsculos y cuestiones selectas, Coordinación Antonio Ossuna Fernández-Largo, 2003.

⁷² Para ahondar en el estudio de la sociología crítica puede consultarse: De Sousa Santos, Boaventura. Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta. 2009. Y sobre la centralidad de los derechos humanos y su construcción intercultural, puede verse: De Sousa Santos, Boaventura. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce, 2010, pp. 63 y ss.

⁷³ En esta línea de pensamiento se halla la sentencia C-577 del 2011, proferida por la Corte Constitucional Colombiana en la cual se demandó la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil sobre uniones de parejas homosexuales; allí se hace una interpretación del artículo 42 de la Constitución, que hace énfasis en que la familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991 y, por ende, no se puede pretender dejar de lado fenómenos sociológicos familiares que existen en la actualidad. Para la Corte, no se puede pensar que la única familia reconocida constitucionalmente es la heterosexual, por cuanto ello contradice el texto constitucional y la realidad social y cultural del país. Se lee en el fallo: “*En pocos casos como en este la discusión generada alrededor de un artículo constitucional se desenvuelve en el ámbito de su comprensión literal, como aparece de manifiesto en las propias demandas en las cuales los actores consignan variadas lecturas del artículo 42 superior y, en particular, del primero de sus incisos, de acuerdo con cuyas voces, “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*. En el sentido anotado se ha expuesto que hoy en día “*las cuestiones jurídicas más complejas pueden a menudo ser descritas como problemas acerca del significado de las palabras*” y que el derecho escrito “*consiste en una determinada fórmula de palabras aprobada*” al punto que “*el problema de interpretarla y aplicarla no es más que el problema semántico de poner en relación una fórmula de palabras con personas, objetos y eventos del mundo*”, ya que un parlamento o cualquier cuerpo colegiado creador de derecho no es más que “*un gran encuentro de individuos diversos que tienen el propósito de actuar colectivamente en nombre de toda la comunidad, pero que nunca pueden estar completamente seguros de qué es lo*

en el campo de las Ciencias Sociales, el resultado es que la determinación de los derechos –de lo que es jurídico y de lo que no es jurídico–, depende del devenir social, el cual determina también sus objetos material y formal de estudio⁷⁴.

que finalmente han acordado en tanto que órgano colectivo, como no sea haciendo referencia a la formulación lingüística que tienen delante”. En este contexto, la historia del establecimiento de una determinada regulación ve notoriamente mermada su importancia y aun cuando tratándose del artículo 42 de la Carta, ocasionalmente aquella ha sido utilizada por esta Corporación para fijar su alcance, lo cierto es que la interpretación literal del texto, sin referencia a sus antecedentes, ha tenido una notable relevancia en la jurisprudencia constitucional que de él se ha ocupado y también en las interpretaciones que, en desacuerdo con las tendencias mayoritarias, sustentan las opiniones de minoría consignadas en salvamentos y aclaraciones de voto. De la familia se ocupan algunas disposiciones constitucionales distintas del artículo 42 superior y, sin pretensiones de exhaustividad, cabe citar el artículo 5° de la Carta que, dentro del capítulo de los principios fundamentales, confía al Estado la misión de amparar “a la familia como institución básica de la sociedad”, el artículo 13 que proscribe la discriminación por razones de origen familiar, el artículo 15 que establece el derecho a la intimidad familiar, el artículo 28 sobre el derecho de todos a no ser molestados “en su persona o familia”, el artículo 33 que prohíbe obligar a declarar contra sí mismo o contra el cónyuge, compañero permanente “o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” y el artículo 44 que contempla el derecho de los niños a “tener una familia y no ser separados de ella”. Más adelante dice esta corporación que “Mediante las previsiones citadas el ordenamiento reconoce una realidad social anterior a él mismo y al Estado, pues antes que fenómeno regulado por el derecho, “la familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991” y, en cuanto tal, “antecede a la sociedad y al propio Estado que, precisamente, han sido instituidos para servir a su bienestar y para velar por su integridad, supervivencia y conservación”. Corte Constitucional. Colombia, Sentencia C-577 de 2011, M.P Gabriel Eduardo Mendoza.

⁷⁴ Como la realidad social es plural por naturaleza, en este contexto el concepto de pluralismo adquiere una especial relevancia en el ámbito jurídico, al punto que se ha convertido en uno de los criterios más importantes que ha de seguir un juez –especialmente el juez constitucional– al momento de proferir sus sentencias. Autores como Diego López consideran que el uso de este tipo teorías contemporáneas del Derecho por parte de los magistrados de la corte constitucional colombiana –puestas a las tesis normativistas puras–, ha creado estilo judicial “diferente” en abierto contraste con lo que él denomina “clasicismo”, dando como resultado un enorme éxito al crear la imagen de una justicia constitucional “vanguardista y progresista”. Vid. López, Diego. *Teoría Impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica de latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004. 436 p. Sobre la importancia social del pluralismo y lo multicultural puede verse Kymlicka, W. “Multiculturalismo”. En

Así como ha acontecido con la Sociología, también la Economía y la Política han venido desplazando los objetos de conocimiento propios de la ciencia jurídica. En el caso de la Economía, las propuestas académicas venidas de escuelas como la de Chicago –que hacen análisis económicos del derecho–, han sido muy influyentes dada la incorporación de categorías económicas como criterio para evaluar reformas legislativas y decisiones judiciales. Valorando este hecho, el profesor Javier Franco sostiene que “la controversia sobre las sentencias de la Corte Constitucional ofrece una oportunidad propicia para tender puentes entre las perspectivas de economistas y juristas sobre el papel que debe jugar el derecho en general, y la justicia constitucional en particular, en la definición y ejecución de la política económica en un Estado Social de Derecho y en una sociedad bajo régimen democrático”⁷⁵.

Las tesis economicistas del Derecho parten del supuesto de que el sistema jurídico es un elemento clave para promover la eficiencia económica. Así, se presenta una relación estrecha entre el Derecho y el mercado, convirtiéndose este último en criterio fundamental para el análisis de las normas, las decisiones judiciales y las instituciones jurídicas en general. La propuesta de estas escuelas va dirigida a rechazar la autonomía de la ciencia jurídica y mostrar que dicha ciencia se desarrolla en respuesta a presiones económicas del entorno social⁷⁶.

Diálogo político. Publicación trimestral de la Donrad Adenauer Stiftung A.C. año XXIV, número 2, junio de 2007, pp. 14.

⁷⁵ FRANCO, Javier. *Deontologismo y consecuencialismo: visiones y actuaciones de los economistas y los juristas. Estudio del caso colombiano desde el análisis económico del derecho*. Bogotá: U. Externado, 2008, 7 p.

⁷⁶ Antonio José Núñez ofrece varios argumentos para fundamentar su tesis de la inconveniencia de la intervención de los jueces –específicamente de la Corte Constitucional– en las políticas económicas, entre ellos, el que, de hacerse, se desinstitucionaliza el Estado y se desnaturaliza la función de los jueces, enfatizando en que, por ejemplo, frente al tema de la asignación de derechos de última generación, se requiere conocimientos suficientes y debida planificación que los jueces no tienen. Los espacios de diálogo abiertos entre abogados y economistas, producto de estas posiciones, hacen que surjan decisiones judiciales que no sirven a la realización efectiva de los derechos sino a políticas económicas. Núñez, Antonio José. *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 16 y ss.

En el caso de la Política, su injerencia sobre el Derecho se ve en que el ejercicio del poder —a donde se ha trasladado su objeto—⁷⁷, es asegurado por la normatividad jurídica y por las decisiones judiciales. Empero, en el ejercicio del poder no siempre está presente la justicia⁷⁸. Producto de la relación entre lo político y lo jurídico establecida en esos términos, ha sido la confianza casi irrestricta en la democracia como forma de gobierno a la cual debe servir la ciencia jurídica, bajo la creencia de que sin espíritu democrático se imposibilita alcanzar una convivencia armónica, en razón del énfasis que esta forma de gobierno pone en el respeto por la libertad y la igualdad que, como ya se indicó, se erigen como los principios jurídicos más importantes⁷⁹.

⁷⁷ Quesada, Francisco. *Introducción a la Ciencia Política*. Lima: Editorial jurídica Grijley. 2006. Cit. Prelot, Marcel. *La science politique*. Ed Presses Universitaires de France. París. 1966, 55 p.

⁷⁸ Tal como lo señala Eudoro Rodríguez, las tres grandes fuentes de distorsión de la política son: *Los demagogos, los promeseros y los políticos de "oficio"*. Los demagogos profesionales son los que forman parte de los asesores en campañas de carácter popular, se destacan por su habilidad retórica, su capacidad de control de las masas, sus actitudes y el carácter apasionado que demuestran en los discursos. Los promeseros ocasionales perpetúan la clase de los grandes líderes políticos de un país; la promesa de corte populista es un rasgo típico de políticos Latinoamericanos, el mesianismo político y la expectativa permanente son las principales tácticas que usualmente utilizan. Y finalmente, los políticos de oficio los cuales hacen de la política su forma de subsistencia generalmente están amparados por las dinastías familiares, donde su capacidad de relaciones se maneja bajo influencias y cuotas eficaces de empleos. Son los llamados delfines de la política que actúan por el manejo de las llamadas "palancas". Rodríguez, Eudoro. *¿Qué es la política?* Bogotá: Codice, 1991. 61 p. Estas tres grandes fuentes de distorsión de la política también han llegado hasta el Derecho.

⁷⁹ Así, el ordenamiento jurídico se ha puesto al servicio de estos valores democráticos que se erigen como principios de derecho; y con ellos, el pluralismo y la tolerancia. De la libertad se habla en términos de no tener "restricción o restricciones para hacer o no hacer tal o cual cosa". Es una libertad que atiende, fundamentalmente, a la elección, con independencia de que el objeto que se elija sea bueno o malo, por cuanto, tal como se ha señalado, esos conceptos son relativos al individuo o a la cultura. Esta libertad de indiferencia, que solamente tiene en cuenta sus límites externos, es decir, la libertad del otro y la ley, ha favorecido la confrontación social y el aumento de las conductas delictivas. Por eso, no es de extrañar que los niveles de violencia y delincuencia estén creciendo de la manera exponencial. Algo similar a lo acaecido con la libertad, ha venido sucediendo con la igualdad, que, poco a poco se ha venido transformando en igualitarismo. Muchas veces se reclaman supuestos derechos, invocando el trato igual, cuando en realidad no se está en igual situación y no se tiene el derecho. Hoy en día se invoca la igualdad, siempre que convenga para hacer lo que se quiere; si no conviene, se invoca la diferencia; y los jueces en medio de dicho juego de voluntades, resolviendo tutelas e infinidad de denuncias penales que tienen al borde del colapso

Teóricos del derecho contemporáneo como Kelsen, Kaufmann, Bobbio, entre otros⁸⁰, fundamentan sus tesis jurídicas y reflexionan sobre la función de administrar justicia, a partir de estos principios de la democracia⁸¹.

al sistema jurídico. De igual manera, en ese afán de los demócratas por garantizar el pluralismo, han venido desapareciendo los principios estructurales supra-individuales necesarios para la convivencia humana. Sin esos principios, que encierran valores, y que son compartidos por los miembros de un determinado grupo, la unidad social es impensable; y sin unidad, hay disolución. Vid. Aristóteles, *La política*, L. II. En un ambiente social así generado, las normas de derecho y la jurisprudencia de los jueces se tienen que multiplicar, tratando de consentir la mayor cantidad de intereses o convicciones individuales posibles. Esta tendencia, se ve claramente reflejada en muchas de las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en las que refiere a la libertad, a la igualdad y al pluralismo. Respecto de la libertad, por ejemplo, refiere que es el “eje gravitacional sobre el giran los demás derechos fundamentales”, cuya garantía es una de las mayores realizaciones de la justicia, dada su condición de principio prioritario del orden social. Vid. Entre otros fallos: T-259 de 1998; T-662 de 1999; T-143 de 1999; T-542 de 1992; C-663 de 1996; C-355 de 2006; SU 641 y 642 de 1998. Respecto de la tolerancia, Arthur Kaufmann, lo ha puesto como uno de los principios fundamentales de la sociedad moderna. Para él, la tolerancia positiva, la de la aceptación del otro, es fundamental en los sistemas democráticos pluralistas. Gracias a la tolerancia el hombre adquiere una actitud de apertura frente a los demás y frente a lo nuevo; actitud no presente en las sociedades no tolerantes. Vid. Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 516 y ss.

⁸⁰ Vid. Kelsen, Hans. *Qué es la justicia*. Op. Cit. pp. 62; Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*, Op. Cit. pp. 516; Bobbio, Norberto. “El concepto de política”. En *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta 2003; “Los confines de la política”, Ibid. “El Estado y el poder”, en *Estado, gobierno y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

⁸¹ Empero, a juicio de algunos teóricos, la relación entre lo político y lo jurídico en los términos señalados muestra importantes limitaciones. El mismo Norberto Bobbio, que veía en la *vivencia de los valores propios de la democracia* moderna un punto de partida para encontrar el camino hacia dónde ir para superar las diversas problemáticas sociales y políticas venidas de los regímenes comunistas, tuvo sus dudas sobre el valor mismo de la democracia y, por eso, se preguntaba si ella sería capaz de resolver los problemas que el comunismo no logró solucionar: “a la par que estamos asistiendo a la caída del comunismo –decía–, vemos que los problemas subsisten, especialmente, la sed de *justicia* de muchos”. Por eso, hoy en día el cuestionamiento respecto de si, realmente el camino de la democracia es el que conduce a la justicia –elemento constitutivo del bien común–, se hace más fuerte. Aquello que Bobbio refería a los regímenes comunistas afirmando de ellos que su “*utopía salió al revés*”, le está sucediendo a la democracia y al Derecho que se ha puesto al servicio de ella: el afán legítimo de defensa y protección de la libertad del hombre, ha revertido –al parecer– en esclavitud de sí mismo; la propensión por una igualdad que tiene un referente meramente formal, se torna en injusticia; la exacerbación del pluralismo, transforma los espacios sociales en lugares de conflicto, lo cual genera violencia social y, consecuentemente, una enorme

En el fondo de toda la problemática descrita a lo largo de las líneas precedentes, subyace un complejo problema gnoseológico. Como se ha señalado, al interior de la reflexión jurídica hoy se hace énfasis en que la realización efectiva de los derechos de las personas es el fin que ha de alcanzarse a través de las decisiones judiciales; sin embargo, la multiplicidad de nociones de las que se dispone actualmente respecto de lo que es el derecho, así como la confusión de sus objetos propios de estudio con el de otras ciencias que le son cercanas, se traslada a la función judicial de la que se exige cumplir la función de realizar dichos derechos. Tanto los teóricos que hacen énfasis en que la actividad del juez está determinada por parámetros procedimentales que responden a criterios lógico-metodológicos, como aquellos que ponen el acento en que dicha actividad depende de factores empírico-sociales, parten de conceptos sobre el derecho caracterizados por su polisemia; respecto de ello, el giro sobre el significado mismo del conocimiento descrito a lo largo de este apartado, ha tenido singular incidencia.

El interés actual por la protección de los derechos –especialmente aquellos llamados *fundamentales*– muestra la importancia que tiene el buscar alternativas de solución al problema gnoseológico de fondo que lleva a preguntarse por el *ser* del derecho, que es el objeto del acto judicialivo jurídico que realiza el juez⁸². Se habla hoy del “tiempo de los derechos”; varios de ellos se han consagrado en las constituciones de diversos países

congestión en los despachos judiciales y demoras en la administración de justicia; y la confianza ciega en la tolerancia, como camino para devolver la armonía social perdida, parece no poder contener esa ola de violencia generalizada que se vive al interior de la sociedad. Sobre el particular, Isidro Cisneros afirma que existe un “nexo indisoluble entre el relativismo y la democracia. Esta relación tiene un carácter ético-político que se expresa en una doble dirección en su camino para establecer una coexistencia pacífica entre distintos tipos de culturas. Desde la perspectiva de la democracia el relativismo de los valores aparece como un componente fundamental de la convivencia humana en un momento como el actual, de grandes contraposiciones ideológico-políticas; mientras que desde la perspectiva del relativismo de los valores la democracia representa un ámbito institucional favorable al desarrollo de la tolerancia”. Cisneros, Isidoro. *Los recorridos de la tolerancia*. México: Océano, 2000, 138 p. Vid. Fernández Santillán, José. “Norberto Bobbio: El filósofo y la política”, *Antología. Op. Cit.* 298 p.

⁸² Afirma Robert Alexy: “Para los derechos fundamentales es eminentemente significativo el concepto de derecho a algo. Los derechos a algo o pretensiones son relaciones normativas entre tres elementos: el titular, el destinatario y el objeto del derecho”. Alexy, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.

y se ha encargado a los jueces la misión de hacerlos efectivo a través de mecanismos como el de la tutela. Los diferentes desarrollos normativos también muestran que el tema de la efectividad de los derechos es medular y es inseparable de la función judicial⁸³. Esta preocupación por la realización efectiva de los derechos ha llegado hasta la administración de justicia, en donde se habla de goce pleno de derechos y garantía real de los mismos⁸⁴. Todo ello da cuenta de la importancia y urgencia de la cuestión.

Bogotá: U. Externado. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 28, orientada por Luis Villar Borda, 2003, 19 p.

⁸³ En Colombia, normas recientes como las contenidas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el cual se establece como finalidad del mismo la garantía de los derechos de las personas, ponen de presente el interés del legislador por alcanzar dicha efectividad. Vid. Congreso de la República. Colombia. Ley 1437 de 2011, arts. 1, 256, 102. Algo similar sucede con el Código General del Proceso que aún está por entrar en vigencia, ha sucedido algo similar. Expresamente se afirma en la norma que “toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses (...)” Para tales fines, la norma establece, por ejemplo, la obligatoriedad de acoger lo establecido en las sentencias de unificación jurisprudencial creando para ello un recurso extraordinario, consagra la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado y establece mecanismos para evitar que la administración vulnere los derechos de quienes acuden a ella, dando una amplia tutela jurisdiccional mediante los diversos medios de control. La importancia que da la norma al cumplimiento de términos, así como en las medidas cautelares innominadas, que dejan a la liberalidad del juez imponer aquella que considere oportuna y razonable va en dirección a que la justicia sea realmente efectiva. Otro tanto puede afirmarse del tema probatorio en donde la nueva normatividad se compromete con la oficiosidad del juez para que se esclarezca la verdad; además, hay allí un compromiso con la igualdad real al interior del proceso al establecerse la carga dinámica de la prueba en donde el aforisma según el cual, “quien afirma prueba”, es superado para garantizar la tutela efectiva de los derechos: de ahora en adelante –según la norma– tendrá que probar aquél a quien le quede más fácil probar. En esa misma línea está la viabilidad que se ha dado para que las partes prueben los hechos a través de cualquier medio probatorio, entre ellos, los dictámenes periciales que pueden ser practicados por ellas mismas. Esta tutela judicial efectiva que se propone realizar de manera efectiva de derechos, también se materializa en procesos como el de filiación en los cuales el juez, desde que se presente la demanda, puede fijar alimentos provisionales a favor del menor; o en procesos como aquellos que se adelantan entre los bancos y los particulares por créditos hipotecarios en los que hoy se hace imperativo tener el concepto técnico de la superintendencia financiera a fin de garantizar justicia real y efectiva. En esta vía está también la instauración del proceso oral y el proceso digital. Vid. Congreso de la República. Colombia. Ley 1564 de 2012.

⁸⁴ Por ejemplo, la Corte Constitucional, refiriendo al derecho de corrección y educación que tienen los padres sobre sus hijos afirmó en la sentencia T-182 de 1996 que “las

La gran mayoría de los escritos de los que se dispone actualmente y que centran sus reflexiones sobre las decisiones de los jueces, han bebido de las fuentes del referido giro del conocimiento que tuvo lugar en la modernidad, y no parecen estar dando respuesta a la creciente demanda de justicia por parte de la sociedad⁸⁵. La función judicial atraviesa por una especie de carrera de obstáculos que deben ser salvados; de no hacerlo, la administración de justicia correrá hacia un abismo, con las consecuencias que ello tiene para el orden social.

En razón de lo anterior, la opción de quien escribe estas líneas, ha sido la de abordar la problemática desde un soporte gnoseológico distinto al

limitaciones que se impongan deben siempre encaminarse a garantizarle, al menos, el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional. Colombia. T-182 de 1996, Magistrado ponente Alejandro Martínez.

⁸⁵ El nuevo modelo constitucional –post positivista–, que da especial realce al juez constitucional, si bien ha obtenido logros en materia materialización de derechos, ha empezado a generar preocupaciones en algunos sectores académicos. El hecho de que decisiones de tanta trascendencia para la vida social estén en manos de unas pocas personas (como las referidas al aborto, el libre desarrollo de la personalidad, las uniones de parejas del mismo sexo, la eutanasia, etc), se considera hoy antidemocrático, por cuanto, la complejidad de los temas exigiría un foro de debate mucho más amplio, y porque el sentido y alcance de algunos conceptos se han vuelto, en extremo, relativos. Como ejemplo de ello está el resultado de un estudio adelantado en el año 2011 por parte de la línea de investigación en Filosofía y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, cuyo objeto era indagar por el contenido dado al concepto de dignidad humana por parte de la Corte Constitucional Colombiana. Los resultados de la investigación llevaron a concluir que el alto tribunal no ha definido en qué consiste la dignidad humana; se limita a adjetivarlo como “atributo inherente”, “valor intrínseco”, “supra-principio del cual se derivan otros principios” y como “derecho fundamental” dentro del ordenamiento jurídico. El estudio adelantado evidencia una disparidad teórico-doctrinal en torno al tema que se traduce en la utilización indistinta del concepto y que hacen del mismo algo incierto, blando y maleable. Eso explica la razón por la cual la invocación de la dignidad, le ha servido a la Corte para fundamentar fallos como los de la dosis personal, el aborto y la eutanasia, respecto de los cuales ha habido enconados debates, no sólo por la existencia de posiciones teóricas distintas entre sí, sino por la contra-evidencia lógica en la que incurre una misma teoría al pretender fundar sobre un mismo principio, aplicaciones excluyentes entre sí. Ello, sin duda, tiene importantes consecuencias para el orden social. El informe de investigación entregado se intitula: “La responsabilidad social de la universidad a la luz del realismo tomasiano: observatorio de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. La dignidad humana”. Investigación adelantada por Jenifer Farah, Yenny Español, Paola Guarín y Laura Victoria Vega. El informe reposa en la Unidad de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás.

adoptado por la Filosofía y la Teoría del Derecho contemporáneas, sin dejar de reconocer la riqueza y aporte de sus reflexiones. Como se señaló en la introducción, se trata de demostrar la tesis según la cual, la teoría general del conocimiento –tal como ha sido concebida a partir del pensamiento clásico de corte realista, específicamente en sus desarrollos respecto de los actos humanos–, aporta criterios fundamentales que contribuyen a la discusión actual en torno a la búsqueda de decisiones judiciales que realicen de manera efectiva los derechos de las personas. De esto se ocupa la segunda parte de este escrito.

SEGUNDA PARTE

EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO EN CUANTO ACTO HUMANO

La percepción de lo justo y lo injusto, es una facultad propia de la criatura racional⁸⁶. Ello acontece así, por cuanto el hombre posee una manera propia, particular y exclusiva de permanecer en la existencia que le exige entrar en contacto con la realidad para permanecer en ella y, desde allí, diseñar su manera de actuar. Esta manera de ser y de existir se expresa en las potencias intelectual y volitiva, que le dan al ser personal, la capacidad de discernir, juzgar, elegir y decidir, actividad propia de quienes tienen la tarea de administrar justicia. Por ende, cuando los jueces profieren sentencias, con su actividad judicativa realizan un tipo de actos en los que intervienen la inteligencia y la voluntad y que, desde la tradición filosófica clásica, se han llamado *actos humanos*.

El acto humano judicativo supone, por tanto, la puesta en acto de estas dos potencias superiores del juez orientadas hacia los objetos que le son propios, esto es, la *realidad* del derecho y la *adjudicación* en su titular⁸⁷. Por eso, el acto judicativo que realizan los jueces, tiene carácter jurídico, y la realización efectiva de los derechos es –precisamente– el criterio para adjetivar una decisión judicial como justa o injusta. El acto judicativo es, por tanto, expresión de la unidad existente entre la inteligencia y la voluntad del jurisdicente y de su particular inclinación a la realidad. Por tanto, mediante el uso de estas potencias el juez se conecta con *lo jurídico*, se introduce en dicha realidad para conocerla y, conociéndola, queda facultado para actuar administrando justicia con rectitud.

Empero, es necesario tener en cuenta que la inteligencia y voluntad presentes en el acto judicativo no funcionan de modo “puro”; esto significa que, detrás de cada acto humano, hay siempre conocimientos previos, motivaciones, intenciones y estados anímicos del juez que inciden en la elección de los postulados que va a asumir para decidir. Estos condicionamientos hacen que intelecto y voluntad se fusionen –en concreto– en una única actividad

⁸⁶ Aristóteles, *La Política*, Libro I, cap. 2.

⁸⁷ Si bien es cierto que existen varias definiciones de lo que es la verdad y el bien en razón de que la delimitación de los significados es obra humana, sin embargo, previo a cualquier definición existe una *noción* de verdad y de bien que están referidas a la realidad, cuya indagación es tarea de la filosofía. Cfr. ALARCÓN, Enrique. El debate sobre la verdad. Pamplona: Eunsa, Pamplona, En: Cuadernos de Anuario filosófico, 2000, número 103, pp. 37 y 47.

relacionada con el ejercicio de la libertad del juez⁸⁸. Aunado a lo anterior, está el hecho de que, cuando el juez emite un fallo, su decisión versa sobre actos humanos realizados por otros, a los que aplica su juicio, lo cual demanda un exigente ejercicio intelectual y volitivo⁸⁹. Esta exigencia se hace aún mayor si se tiene en cuenta que el fallo judicial, por estar permeado por la singularidad y la contingencia del caso concreto, no se puede ajustar a modelos meramente formales⁹⁰. De allí que el conocimiento de lo que es el acto judicial jurídico en cuanto acto humano, deviene fundamental para determinar la validez del discernimiento que se hace en torno a los derechos por parte de los jueces, y para valorar la corrección de sus decisiones. En las líneas siguientes se aborda esta intrincada cuestión, analizando la estructura misma del dinamismo operativo intelectual y volitivo del juez en tensión hacia la finalidad del acto de juicio que realiza, a partir de sus fundamentos y principios, tarea encomendada históricamente a la Filosofía y actualmente abordada por la Teoría del derecho.

⁸⁸ En la Suma Teológica I-II, cuestiones 6 a 21, Tomás de Aquino hace un detallado análisis de los actos humanos, centrándose en los conceptos de voluntariedad, intención, elección, y deliberación. Argumentando que estas características tienen que estar presentes en todo acto que vaya a ser calificado realmente de humano porque, a diferencia de otros, como, por ejemplo, estornudar o temblar que pueden darse en otros animales. Los actos humanos son aquellos que suponen en nosotros una razón para ejecutarlos, siendo esta razón el valor que adscribimos a algo que es, por ende, el fin al que se ordena nuestro acto.

⁸⁹ En ocasiones —en aquellos casos que la Teoría del Derecho contemporánea ha llamado “difíciles”—, esta exigencia se hace aún mayor por la ausencia de norma, la presencia de antinomias o la existencia de varias interpretaciones posibles de las mismas. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. *Op. Cit.* pp. 46 y ss.

⁹⁰ La concepción de un juez que se limita solamente a aplicar mecánicamente las normas, como si fuese un computador, ha sido superada al interior de la Filosofía y Teoría del Derecho Kaufmann, A. *Filosofía del Derecho*. *Op. Cit.* 277 p. Precisamente por este hecho, en la filosofía clásica se acudía a la figura de la “epiqueya” o “aequitas”, a la que se le denominaba “la justicia propia del juez”, y que exigía un ejercicio hermenéutico en el que no se descuidara la justicia general, pero que atendiera a lo justo en el caso particular. Así, el juez, mediante la epiqueya estaba en la posibilidad de *mejorar* la justicia para favorecer el bien individual y el bien común, y hacer de las relaciones entre los hombres, relaciones con más humanidad. También la equidad daba cierta satisfacción del derecho en esos casos en donde no era posible lograr la satisfacción plena, ya que la equidad permitía cancelar la deuda correlativa. Es el caso en el cual unas lesiones o un homicidio culposo, se compensan con dinero. La equidad se aplica en todos estos casos en donde, atenerse al estricto derecho, sería la suma injusticia; por eso, con razón se afirma que el arte del jurista es el arte de lo justo y de lo equitativo. Vid. Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: TEMIS-Universidad de la Sabana, 2000, 277 p.

CAPÍTULO PRIMERO

EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO: ACTO DE INTELIGENCIA

El acto humano judicativo –como acontece con todos los actos humanos– procede de la voluntad de la persona precedida por la inteligencia⁹¹. La

⁹¹ Con el fin de ganar en claridad, conviene precisar conceptualmente los términos inteligencia, entendimiento y razón, de los cuales se hará uso de manera recurrente a lo largo del texto y que, en la tradición filosófica se emplean, muchas veces, como sinónimos. Todo conocimiento contiene una aspiración a la verdad. Con su facultad de pensar, y el resultado de ella, que es el pensamiento, el hombre percibe de manera no sensible lo que son las cosas y las relaciones que se establecen entre ellas. Esta capacidad humana, históricamente, ha sido referida con varios términos. Entre los griegos, fue entendida como el resultado de la relación entre *nous* y *diánoia*; entre los latinos, como la relación entre la *ratio* y el *intellectus*; entre los modernos como la relación entre entendimiento y razón: *verstand* y *vernunft*, en términos alemanes. Los griegos llamaron a la facultad para percibir el ser y las relaciones, logos. Este término, que indica proporción, además de palabra, se usó para mostrar que el hombre tenía en sí algo similar a los dioses, esto es, el *nous*. Logos era, pues, un cumplimiento limitado del *nous*. Ese *logos* indicó también palabra que se hace discurso, esto es, *diánoia*. Este discurso tenía un valor secundario por cuanto estaba supeditado a lo que es verdaderamente primero, esto es, la expresión adecuada de lo que las cosas son, gracias al *nous*. Aristóteles consideró que el conocimiento de los principios o *árjai*, comunes a todas las ciencias, se logra de modo *noético* inmediato, tendiendo su origen en la percepción sensible, a partir de lo cual se entiende (verbo *noein*) lo universal en ella. Por eso, al darse el paso del medio griego al latino, se trasvasa la función del *nous* –que se encarga de entender (*noein*)–, al *intellectus*, y de la función del logos dianoético a la *ratio*. En virtud de ello, en la edad media el Aquinate va a afirmar que el razonar se refiere al entender como el moverse al estar quieto, o el adquirir al poseer. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 19, art. 8, c. El intelecto se perfecciona en el conocimiento de la verdad, para lo cual no puede hacer abstracción de su incorporación a lo sensible; por eso, no puede llegar al conocimiento perfecto de la verdad si no es razonando, esto es, yendo de lo conocido a lo desconocido, tal como se refiere en el *De Veritate*, q. 15, art. 1. Por ende, la razón está referida al intelecto como a su principio y su término. Así, recogiendo la tradición greco-latina puede sintetizarse la actividad intelectual en tres momentos: primero, la aprehensión de lo que son las cosas propia de la función noética; segundo, el criterio de verdad viene dado por dicha aprehensión que es principiativa y terminativa; tercero, el momento discursivo o racional. El texto de la S.T. I, q. 79, art. 10, c., da cuenta de la manera como, en Tomás de Aquino, esa facultad intelectual humana era referida a través del término entendimiento: “El

capacidad intelectual faculta a quien realiza el acto humano, para acceder al conocimiento de la realidad, sin lo cual, la voluntad, no sabría cómo actuar⁹². En materia de decisión judicial ello significa que el juez, que institucionalmente tiene la función de realizar el acto humano judicial, está facultado para acercarse al conocimiento de la realidad del derecho, de su fundamento, origen, medida y razón de ser, lo cual constituye la base sobre la que se profiere una sentencia. Así, la inteligencia le muestra al juez aquello que ha de realizar con su voluntad.

Por ello, acercarse al estudio del acto humano judicial, exige examinar en qué consiste esa capacidad orientadora de la inteligencia respecto de la voluntad en el obrar humano. Es la capacidad intelectual la que permite al juez discernir lo que es el derecho, determinar su existencia y ponerlo en cabeza de su titular, mediante el acto volitivo⁹³.

entendimiento primeramente se limita a la simple aprehensión o captación de una cosa, y este acto se llama “inteligencia”. En segundo lugar, ordena lo aprehendido a conocer o ejecutar otra cosa, y ese acto se denomina “intención”. Después, mientras persiste en la investigación de lo que intenta, es el acto de “pensamiento” o cogitación. Cuarto, cuando examina lo ya pensado relacionándolo con otras nociones ciertas, es el “saber” o “sabiduría” (...) Finalmente, desde que posee algo cierto, piensa cómo poder comunicarlo a otros, y esto constituye la disposición del lenguaje interior del cual procede la locución exterior”. Así pues, el término entendimiento aparece como omniabarcante: la inteligencia, la intención, la cogitación y la sabiduría. Otra cosa sucede con el discurrir de la razón que siempre comienza en el entendimiento y termina con él, toda vez que al razonar se parte de cosas ya entendidas y el raciocinio culmina cuando se ha llegado a entender lo que antes era desconocido. Vid. S.T. II-II, q. 8, art. 2. No obstante ello, tal como se desprende de la S.T. II-II, q. 49, art. 6., el entendimiento en el Aquinate se identifica en ocasiones con inteligencia en cuanto “lee adentro o interiormente, intuyendo la esencia de la cosa”. El problema con el vocablo “entendimiento” es que su raíz latina es “intendere”, que significa dirigir y aplicar; en el caso de los escolásticos, ella refería muy bien a todo el proceso del conocimiento en donde se involucraban, como se acaba de señalar, el *intelligere*, la *intentio*, la *cogitativa* y la *sapientia*, en el acto de “tensión” del hombre hacia la realidad. Sin embargo, con el advenimiento de la filosofía moderna surgió un equívoco. El *intellectus*, no es el entendimiento de las lenguas modernas, el cual solamente tiene función de ratio. Por eso, el entendimiento reducido a la razón, se vuelve principio y discurre a través el método analítico: comienza describiendo, descomponiendo lo que describe en sus elementos más simples, luego hace la “composición”, la cual se constituye en principio para interpretar la realidad. Cfr. Cruz, Juan. *Intelecto, razón y entendimiento*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2007.

⁹² Vid. Rodríguez Luño, Ángel. *Ética general*. Pamplona: Euns, 1993, 118 p.

⁹³ El acercamiento a la potencia intelectual, de los actos que le son propios y de su aplicación al ámbito de la decisión judicial, objeto de este apartado, tiene como soporte

El acto judicativo resulta, pues, de la unificación en un solo acto de la inteligencia y la voluntad; éstas, si bien tienen objetos formales distintos, se hallan íntimamente relacionadas en la acción humana⁹⁴. En este primer capítulo se aborda el estudio de la función que le corresponde a la inteligencia en el acto humano judicativo jurídico, tomando como punto de partida el análisis de sus dos usos: el teórico y el práctico.

el marco teórico escogido como fundamento de las ideas que se desarrollan a lo largo de este texto, así como a la metodología que de él se desprende, a las cuales se hizo alusión en la parte introductoria. Por ende, el punto de partida para las subsiguientes reflexiones es la observación de los hechos de la experiencia; posteriormente, se hace un esfuerzo por explicarlos inteligiblemente. Así, a partir de la observación de sus actos y de sus propias manifestaciones, se busca penetrar en la naturaleza de esta facultad humana, aplicándola al acto de juzgar propio de quien administra justicia. Esta es la metodología empleada por Aristóteles. Partiendo de la experiencia —él es un físico— busca la explicación de la realidad física, lo cual le lleva a la filosofía que estudia las primeras causas y principios de las cosas. Aristóteles, *La metafísica* I, I; y *De Anima*, Madrid: Gredos, (Acerca del alma) Trad. Tomás Calvo, II, 3. De otra parte, conviene anotar que al conocimiento implicado en todo acto humano se le ha llamado desde la tradición filosófica clásica “advertencia”. Ésta consiste en aprehender lo real y poner los soportes sobre los que, posteriormente, habrá de proceder la voluntad. A nivel del juicio práctico la advertencia comprende, por una parte, saber lo que se hace y, por otra, ser consciente de las implicaciones que, en términos de daño o preservación, tiene aquello que se hace. Este primer momento del acto humano judicativo jurídico es fundamental, toda vez que al “advertir”, la inteligencia del juez cumple con su función de “darse cuenta” de algo que no es ella misma —el derecho y su exigencia intrínseca de realización efectiva— hacia lo cual, posteriormente, arbitrará su voluntad. La advertencia admite varios grados. Se habla de advertencia plena y semiplena. Es plena “cuando la persona conoce con sustancial plenitud lo que está haciendo y su valor moral; semiplena cuando no capta toda la sustancia del acto que realiza, como ocurre cuando se obra semidormido o en estado de ebriedad” O. Lottin, O.S.B., *Principes de morale, Tome I: Exposé Systématique*, Éd. De L’Abbaye du Mont César, Louvain, 1946. Cit. Fuentes, Miguel. *Conseguir la vida eterna*. Ed. Verbo encarnado. San Rafael, 2005, 76 p.

⁹⁴ “Si consideramos los objetos de la voluntad y del intelecto, encontraremos que el objeto del intelecto es el primer principio en el orden de la causa formal, pues su objeto es el ente y la verdad; mientras que el objeto de la voluntad es el primer principio en el género de la causa final, pues su objeto es el bien, bajo el cual se comprenden todos los fines, como bajo la verdad se comprenden todas las formas aprehendidas. Por lo cual, también el bien, en cuanto es cierta forma aprehensible, se contiene bajo la verdad como un cierto “*verum*”; y la verdad, en cuanto fin de la operación intelectual, se contiene bajo el bien como cierto bien particular”. Tomás de Aquino, *De malo*, 6.

2.1.1. SIGNIFICADO DE LOS USOS TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA RAZÓN, Y SU IMPORTANCIA EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO

La inteligencia es una, pero sus usos son diversos; estos usos, a su vez, se distinguen por la finalidad que se persiga con la intelección⁹⁵. Los dos usos más importantes de la inteligencia son el teórico y el práctico⁹⁶; en el primero, la verdad se toma como correspondencia con la realidad; en el segundo, como conformidad con el “*apetito recto*”, en donde también hay un momento de *realidad* que es fundamental, toda vez que aquello que se desea, objeto de la volición, es el bien —los hombres obramos siempre por lo que nos parece bueno—, el cual no es una mera entelequia, sino que *participa del ser y lo supone*⁹⁷. Mediante el primer uso —el teórico—, el entendimiento

⁹⁵ Afirma Tomás de Aquino en la Suma Teológica que “el entendimiento práctico y el especulativo no son potencias distintas. Y la razón es porque (...) lo que es accidental respecto a la formalidad del objeto a la cual se refiere una potencia, no diversifica esa potencia. Como es accidental al color que sea un hombre su sujeto o el que sea grande o pequeño, por lo cual una misma potencia visiva es quien lo aprehende. Y es accidental en el objeto percibido por el entendimiento, el que se ordene a la acción. Ahora bien, en esto difieren el entendimiento especulativo y práctico: el especulativo se ordena a la contemplación de la verdad y el práctico ordena lo aprehendido a la acción”. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 79, art. 11, ad. 1.

⁹⁶ Como lo pone de presente Juan Fernando Sellés, este doble uso de la inteligencia, fue bastante estudiado en la edad media y, ahora, ha sido casi olvidado. Aludiendo a Aristóteles escribe: “La clave de la razón práctica para el Estagirita está seguramente en que ésta es más potencial que la teórica, pues la teórica se actualiza mucho más intensamente que la práctica de modo definitivo. En cambio, la práctica va remitiendo poco a poco su potencialidad pero no acaba de perderla nunca. Ello es así porque mientras que la teórica está abierta a la verdad y al conseguirla adhiere a ella sin posibilidad de rechazo, la práctica está abierta a muchas posibilidades, es decir, no cuenta con una verdad definitiva o una posibilidad última. Por eso no cierra nunca”. Sellés, Juan. *Razón teórica y razón práctica según Tomás de Aquino*. Pamplona: Eunsá. En: Cuadernos de anuario filosófico, 2000, 12 p.

⁹⁷ El término “apetito”, usado en el aristotelismo designa “deseo, pasión y voluntad». Así, en la facultad apetitiva confluyen lo sensible y los elementos dinámicos y prácticos propios de la voluntad, regidos por la inteligencia. Para el Estagirita el apetito no es únicamente el dueño de la acción porque el hombre sensato no ejecuta sin más lo que desea, sino que se esfuerza por seguir lo que prescribe la inteligencia. Por eso, denominó *verdad práctica* a la conformidad de la acción humana, con el apetito recto. Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid: Gredos, 1985, VI. En la escolástica a la voluntad se le llamó “apetito racional”, para indicar la inclinación propia del hombre a lo que conviene, según lo que le muestra la inteligencia; eso la distingue

conoce lo universal y necesario; mediante el segundo —el práctico—, la razón se aplica por extensión a la obra concreta que realiza el ser humano y, por eso, versa sobre lo particular y contingente⁹⁸. Además, cuando se conoce una realidad ordenada a un fin práctico, se establecen y valoran un conjunto de medios para lograr la finalidad pretendida con el obrar⁹⁹.

De la distinción entre estos dos usos de la inteligencia surge la división de los saberes —teóricos y prácticos— y se originan los dos grandes dominios de la actividad humana: el contemplar y el actuar¹⁰⁰. Éstos, son el producto de un único entendimiento que, en el campo teórico tiende a la verdad —a la realidad—, considerada en sí y por sí, y en el campo práctico, se inclina a dicha verdad, pero ordenada al fin de la operación¹⁰¹; así, en su uso práctico, el intelecto conoce con miras a la actividad de la voluntad. A diferencia de lo que sucede con el uso teórico de la razón, que es contemplativo de la realidad, el uso práctico contempla para dirigir la actividad práctica de la voluntad y sus facultades¹⁰². Sobre el particular refiere el Estagirita: “Lo verdadero y lo falso —objeto del entendimiento especulativo— que es sin praxis, pertenece al mismo género de lo bueno y lo malo, sólo se diferencian en que lo verdadero y lo falso son denominaciones absolutas, lo bueno y lo malo en cambio denominaciones relativas a alguien”¹⁰³.

No obstante la distinción entre el uso teórico y práctico de la razón, es preciso tener presente que el conocimiento obtenido por la inteligencia —en

del apetito meramente sensitivo. Dentro del apetito sensitivo el Aquinate ubica el deseo *concupiscible* y el *irascible*; el primero pasivo y el segundo activo. A ambos se refieren las pasiones: amor, odio, deseo, aversión, alegría y tristeza en el apetito concupiscible y esperanza, desesperación, audacia, temor e ira, en el irascible. Los movimientos del apetito racional son llamados por el Aquinate, afectos. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 57, art. 5, ad. 3.

⁹⁸ Tomás de Aquino, S.T. q. 11, art. 1, ad. 3 y II-II, q. 4 art.2, ad.3.

⁹⁹ Vid. Martínez Doral, José María. La estructura del conocimiento jurídico. *Op. Cit.* pp. 15 y ss.

¹⁰⁰ Si bien el conocimiento práctico también está referido al hacer, cuya razón consiste en la recta construcción de una obra intelectual o material, aquí solamente se alude a él en cuanto referido a los actos humanos ejecutados por el hombre en cuanto ser inteligente y libre, a los que refiere Tomás de Aquino en la S. T. I-II, q. 1, art. 1.

¹⁰¹ Aristóteles refiere expresamente a la distinción del entendimiento teórico y práctico en razón del fin. Aristóteles, *De Anima*, libro III, cap. 10.

¹⁰² Vid. Tomás de Aquino, S.T. II-II q. 179-182.

¹⁰³ Aristóteles, *De Anima* Madrid: Gredos, 1978, libro III, cap. 7.

cualquiera de sus usos—, es un conocimiento de lo real, por las causas y los principios, lo cual muestra que la potencia intelectual es una sola¹⁰⁴. Es así, entonces, como la adecuada intelección de estos dos usos del entendimiento —el teórico y el práctico—, deviene fundamental en el ámbito de las decisiones judiciales. El uso teórico de la inteligencia le permite al juez acercarse al conocimiento de lo que *es* el derecho¹⁰⁵. El uso práctico está relacionado con el fin de la acción judicial que realiza, esto es, **la recta administración de justicia**. Así, los dos usos están presentes en el acto judicialivo jurídico y, en cuanto maneras de operar de la capacidad intelectual del juez, tienen un referente real: el derecho y el bien que representa el que sea adjudicado a su legítimo titular. De esta manera, la realización efectiva de los derechos, se convierte en el baremo fundamental para medir la corrección de una decisión judicial. La pérdida de dicho referente, desestabiliza en forma grave el orden social¹⁰⁶.

¹⁰⁴ “Nada impide que el conocimiento práctico pueda llamarse en cierto modo especulativo, en cuanto que esté alejado de la dirección de la operación en acto”. Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 3, art. 3 ad 2.

¹⁰⁵ Tarea compleja por la multiplicidad de significados que se han dado este término, especialmente con el advenimiento de la Teoría del Derecho contemporánea. Michel Villey, refiere sobre el particular, que hay unas “formas modernas” de hablar del derecho, dentro de las cuales sobresale aquella que lo refiere a la ley. Según Villey, las leyes no son el derecho. El juez, en cuanto experto en el derecho, precisa saber de la ley, pero para garantizar el orden que surge del hecho de que las cosas estén en poder de su dueño. En Grecia a esta realidad atribuida a una persona se le denominaba *to dikaion*: lo suyo. El *dicastas* o juez es el experto en ese *dikaion*. Vid. Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona: Eunsu, 1979, 76 p. En esta misma línea de pensamiento, Juan Andrés Muñoz y Javier Hervada escriben lo siguiente: “El derecho se llamaba en latín *ius*—lo suyo—y de ahí se denominaron juristas quienes se dedicaban al derecho (al *ius*), como se llaman futbolistas los profesionales del fútbol, artistas a quienes se dedican al arte (...)”. Vid. Hervada, Javier & Muñoz, Juan. *Guía de los estudios universitarios: Derecho*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1984, 20 p.

¹⁰⁶ El referente *in re* de la actividad judicialiva es, por tanto, fundamental para poder alcanzar una recta administración de justicia. El reconocimiento de la existencia de dicho referente, no significa en modo alguno, negación de la existencia de factores que inciden en el juez al momento de tomar la decisión concreta, tal como se estudiará en líneas posteriores. Pero, por encima de dichos factores, ha de estar la realidad del derecho; sin ello, toda decisión judicial dependería del arbitrio personal del juez, lo que impediría cualquier esfuerzo académico por inteligirla y hacerla mejor, lo que es, a todas luces, un absurdo. Asentir a la existencia del derecho como un soporte real, base del acto judicialivo jurídico, es aceptar que dicha realidad es externa al juzgador y, sobre ella, construye su juicio; allí, el intercambio comunicativo, el ejercicio dialéctico realizado en el marco de la interacción social con contexto e historia, que

Así pues, la inteligencia del juez lo conecta con la realidad de lo jurídico con una finalidad específica: la de darle el derecho a quien lo tiene. Este fin actúa en la inteligencia del juez y, en razón de su propia formalidad —causa final deseable—, mueve la voluntad, quedando el juzgador en posesión existencial de aquello que dio origen al movimiento de su voluntad; por eso, *la inteligencia práctica termina en el objeto y no en el sujeto*¹⁰⁷. Dicho objeto representa un bien, no solamente para la persona titular del derecho, sino para la sociedad que puede asegurar, por este medio, la convivencia pacífica por cuanto, una de las principales fuentes de violencia, que desestabiliza el orden social, es la injusticia¹⁰⁸.

En la decisión judicial confluyen, por tanto, el uso especulativo y práctico de la razón. Por la fuerza de la inteligencia especulativa, quien realiza el acto judicial jurídico, sigue un procedimiento en busca de la verdad sobre la existencia o inexistencia del derecho. Empero, la labor del juez no se limita a este ámbito teórico, sino que, mirando hacia el fin, organiza los diferentes medios, de tal manera que su inteligencia especulativa —en donde el conocimiento de lo que es el derecho y el rigor en los procesos lógicos y argumentativos son claves— se une con su inteligencia práctica que le inclina hacia el bien que representa para una persona el estar en posesión de sus derechos¹⁰⁹. Y, así como en el campo especulativo existe el hábito

son necesarios en todo acto de razón práctica, adquieren un soporte que permite ir más allá de factores subjetivos o pragmáticos, a los que con frecuencia reducen el acto judicial las tendencias constructivistas actuales de corte radical. Cfr. Von Glaserfeld, Ernst. “La construcción del conocimiento”, En: *nuevos paradigmas, cultura y subjetividad*, Buenos Aires: Paidós, 2002, pp. 91 y ss. Cuando la finalidad del acto judicial —que se desprende de la naturaleza misma del derecho— se desliga de la actividad judicial, ésta se convierte en una aplicación mecánica de las normas, o en el resultado de factores emocionales válidos únicamente para el sujeto individual, o en un medio para atender a las exigencias de la opinión pública o de intereses políticos, económicos o ideológicos. El abandono del principio de finalidad al interior de una ciencia como la jurídica, fácilmente la torna en ideología. Cfr. Voegelin, Eric. *Nueva ciencia de la política*. Madrid: Rialp, 1968, ed. José Emilio Sánchez Pintado, p.2 y ss.

¹⁰⁷ Tomás de Aquino, *De veritate*, q. 3, art 3, ad 9.

¹⁰⁸ Quienes postulan un relativismo frente a la posibilidad de fallar con rectitud en el ámbito jurídico —y sobre ello fundan sus teorías jurídicas—, crean una dicotomía entre los dos usos de la razón que, históricamente, ha mostrado su inconveniencia porque, dichas posturas, sirven de base para regímenes totalitarios en donde tienen lugar múltiples violaciones a los derechos de las personas.

¹⁰⁹ *Stricto sensu*, se trata de la voluntad que se pone frente a un bien, mostrado por la inteligencia, que desea obtener. Así, la función de conocer el fin y de discernir los

de los primeros principios a partir de los cuales se estructura todo el saber teórico, en el campo práctico, se aprehenden los *fin*es que son deseables –que mueven a la voluntad en cuanto muestran aquello que ha de hacerse– y, con ellos, los *principios prácticos* que de él dimanar, cuya observancia es fundamental para la recta administración de justicia¹¹⁰.

La relación existente entre la potencia intelectual del juez y la realización efectiva de los derechos de las personas como finalidad de la función que se le ha encomendado, es, por tanto, *natural*: se desprende de la misma naturaleza del acto judicial jurídico en cuanto acto humano. Esta relación tiene un carácter *preceptivo*, que se corresponde con el primer principio de la razón práctica, según el cual, *el bien hay que hacerlo y el mal hay que evitarlo*¹¹¹. Ese bien que hay que hacer, es la realización efectiva de los derechos. Para ello, además de este primer precepto del obrar, el jurisdicente requiere el conocimiento de los principios normativos propios de la ciencia jurídica, así como de las diversas reglas para, luego, emitir el juicio práctico como norma inmediata que toma en consideración las condiciones fácticas concretas, y que conduce luego a la decisión plasmada en la sentencia: allí *la voluntad es causa generadora del acto* –el juez decide lo que quiere y quiere lo que decide–, *pero iluminada por la inteligencia*, sin la cual, dicho acto carecería de dirección y sentido¹¹².

medios para alcanzarlo, es propia de la inteligencia, que muestra a la voluntad dicho fin, y le guía en la realización de la acción concreta. Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro III, cap. 5.

¹¹⁰ Por eso, el intelecto práctico es llamado también “motor”, porque su principio, lo apetecido, mueve a la voluntad. Vid. Rhonheimer, Martin. *Ley natural y razón práctica, una visión tomista de la autonomía moral*. Pamplona, Euns, 2da edición, 2006, 56 p.

¹¹¹ Tomás de Aquino, I-II, q. 94, art. 2 c.

¹¹² Teorías narrativas del derecho como la de José Calvo González según las cuales “el proceso se ocupa de una realidad ya vivida, y en este sentido plenamente gastada; incumbe a hechos pretéritos, hechos agotados que definitivamente quedaron en el pasado, hechos póstumos, hechos, en suma, donde junto a su presente existencial también su posible verdad fáctica está desaparecida”, que dan al juez una tarea de “montaje y edición”, de reconstrucción de la narración, tienen como soporte la idea de la existencia de una verdad que hay que encontrar y realizar a través del juicio. Esa “verdad” de la “verdad judicial” remite, necesariamente –a juicio de quien escribe–, al derecho. Cfr. Calvo González, José. “La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”. En: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán: Giuffrè, 1999, fasc 1. pp. 29. Cit. Cárcova, Carlos. Las teorías jurídicas post positivistas. *Op. Cit.* pp. 39.

La acción judicativa jurídica es, por tanto, el efecto de la actividad fusionada de las potencias intelectual y volitiva, mediante las cuales el juez expresa su propia realidad personal; dos facultades que operan en perfecta armonía y unidad: eficacia de la voluntad y luz de la inteligencia¹¹³. Así pues, en la decisión judicial, el movimiento práctico en el cual la voluntad mueve al juez a decidir en un determinado sentido, se une a la actividad de la inteligencia que “lee”, “ve” y “orienta” dicho movimiento¹¹⁴. Este doble movimiento de la inteligencia y la voluntad son, como se verá más adelante, constitutivos de la libertad de arbitrio del juez.

En todo este proceso, hay un momento experiencial que es fundamental y que representa el “primer momento” de todo acto intelectual. Los principios que rigen la actividad intelectual humana no son captados *a priori*, sino por vía de experiencia. En materia jurídica, este “*primum cognitum*”, tiene un contenido específico que se analiza a continuación.

2.1.2. EL PRIMUM COGNITUM EN EL ACTO JUDICATIVO

Conforme se ha expuesto, el proceso intelectual exige que la inteligencia se vuelque sobre la realidad como su centro natural. Para alcanzarla, realiza el primer grado de abstracción a partir del ser material, que es lo primero que conoce¹¹⁵. Este contacto con la realidad física-material que se da a través de los sentidos, permite acceder a las cosas particulares, lo cual constituye un primer momento fundamental dentro del proceso de conocimiento¹¹⁶. Esta dimensión experiencial del conocimiento, objeto de la sensibilidad,

¹¹³ Vid. MARITAIN, Jacques. *Para una filosofía de la persona humana*. C. II, Cursos de cultura católica, Buenos Aires, 1937, pp. 99 y ss. Cit. Derisi, Octavio. *La doctrina de la Inteligencia de Aristóteles* a S. Tomás. Versión digital. Ubicada en la dirección:

file:///D:/Documenta%20Chatolica%20Omnia/99%20%20Provvisori/mbs%20Library/001%20-Da%20Fare/00-index.htm2006-06-02 20:55:00 p. 159

¹¹⁴ Tomás de Aquino, De Veritate q. 24, art. 2.

¹¹⁵ La filosofía aristotélico-tomista distingue entre el *ens quantum*, objeto de las matemáticas, que corresponde a un segundo grado de abstracción; el *ens in quantum ens*, que corresponde al último grado de abstracción y que es objeto de la filosofía primera o metafísica. El primer grado, corresponde al *ens mobile* o ser físico-material. Ibidem. 20 p.

¹¹⁶ Aristóteles, *La física*, I, 1. Además, el Estagirita en la parte final de los Últimos Analítico, II, sección quinta, cap. XIX, pone de presente que al conocimiento los primeros principios, también se llega también mediante los sentidos.

no se encuentra aislada de la inteligencia, sino que es parte integrante del proceso gnoseológico que realiza el juez, en donde la inteligencia se vale de los sentidos para alcanzar su objeto. Por eso, en el momento intelectual del acto humano judicativo confluyen en una unidad inescindible la sensibilidad y la inteligencia¹¹⁷. De allí que la dimensión experiencial constituya para el acto de conocimiento, un *primum cognitum*, es decir, lo primero conocido y en lo que todo se conoce¹¹⁸. Como afirma Etienne Gilson, “así como el ojo ve todas las cosas bajo el aspecto del color, así el conocimiento humano llega a todo bajo el aspecto del ente entrañado en la naturaleza sensible [...]”¹¹⁹. La experiencia pone al juez en un *primer* contacto con la realidad extra-mental, de la cual depende el valor de su conocimiento y, por ende, de su juicio¹²⁰.

Este *primum cognitum* –lo primero conocido– en el acto judicativo jurídico está integrado por dos cosas: en primer lugar, por vía de experiencia se constata que, a diferencia de los demás seres, el hombre tiene un modo de proceder, que le sitúa en un nivel distinto y superior al de las cosas, plantas y

¹¹⁷ Allí el sujeto cognoscente es tan plenamente real como el objeto conocido que se manifiesta como tal en una primera evidencia, sensible y visible, y que es punto de partida para la posterior aprehensión de lo que las cosas *son*. Se trata, por tanto, de la apertura propia del hombre en cuanto ser intelectual a la realidad, del “acto en el que la subjetividad se actualiza como aprehensiva del ente en su absoluta universalidad (...) el hecho por el que *un ser* se abre a *todo el ser*”. Millán Puelles, Antonio. *La estructura de la subjetividad*. Madrid: Rialp, 1967, 159 p.

¹¹⁸ La filosofía clásica llamó al *primum cognitum*: *ente*. Sin él, no sería posible conocer nada por ser la intelección original y originaria. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 94, art. 2. El ente es algo es el ser que está ejerciendo el acto de existir; no se trata de una noción *a priori* –como lo concibe un buen sector de la modernidad– sino que se llega a él por el conocimiento venido a través de la experiencia sensible que constituye el origen del conocimiento humano, a partir del cual el hombre llega al conocimiento de lo universal. Vid. Llano, Alejandro. *Gnoseología*. Pamplona: Eunsa. 2003, 125 p.

¹¹⁹ Gilson, Etienne. *El realismo metódico*. *Op. Cit.* pp. 15-16.

¹²⁰ Es preciso insistir en que este es un primer momento gnoseológico fundamental, pero no el único. Como se verá más adelante, el objeto de la inteligencia es el ser y, por ende, el acceso a su conocimiento, si bien parte de la experiencia, no se queda en ella. Si así fuera, tendríamos un *ser* siempre provisional y movedizo que, en el campo del conocimiento, tendría como implicación su inestabilidad, comprometiéndose su mismo valor. Vid. Horta, Edwin. “Más derecho y menos justicia. Reflexiones en torno a una aproximación hacia lo jurídico como relación real desde la experiencia de lo percibido”. En: *Iusta*. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2009, Vol. 31, pp. 27-43.

animales¹²¹. El ser humano, tiene conocimiento del propio ser y de los actos que realiza, razón por la cual, es del único que se predica responsabilidad; la naturaleza de su ser le permite tenerse y pertenecerse, siendo ello lo que le define como tal: por su condición particular, el hombre es un ser “suyo”, es sujeto, esto es, puede tenerse¹²².

En segundo lugar, también se puede contrastar en la experiencia el que no todo es de todos y, precisamente por ello, existen mecanismos institucionalizados que permiten a las personas, ver garantizado el goce efectivo de sus cosas: “esta evidencia del ser personal en tanto un ser suyo y con cosas suyas [...], es precisamente la que se recoge en casi todas las constituciones políticas modernas cuando se refieren a los derechos fundamentales y se reconocen tales derechos como anteriores y superiores y, por lo tanto, configuradores de la Constitución, advirtiéndose con ello que la realidad jurídica tiene un fundamento antropológico y no cultural o político”¹²³. Así, el hombre no solamente se sujeta a sí mismo, sino que sujeta otras cosas que no son él; y, en tanto tiene dominio sobre las cosas, puede apartarse de ellas, las puede dominar, transformar y tenerlas como suyas¹²⁴. Este orden existente entre las personas y sus cosas no solamente es real sino que, cuando se altera, se genera un daño para la vida personal y social¹²⁵.

Aquello que es de cada uno es *algo* de carácter real y no meramente formal; y, en cuanto real, es inteligible, es decir, susceptible de ser aprehendido por la mente humana. Por eso, se convierte en la principal *causa* de quien

¹²¹ Si bien es cierto que toda la vida en la tierra es, en realidad, un todo con características comunes en donde todos los seres vivientes utilizamos los mismos aminoácidos, las mismas moléculas con la misma simetría y un similar metabolismo, basado en el agua, la química del carbono y la oxidación, es evidente que el ser humano tiene una manera particular de permanecer en su existencia que lo distancia de los demás seres vivos, por cuanto posee unas potencias superiores: la inteligencia y la voluntad, que lo lleva a actuar de manera distinta a los demás seres.

¹²² Tomás de Aquino, S.T. II parte, prólogo.

¹²³ Horta, Edwin. Más derecho y menos justicia. Reflexiones en torno a una aproximación hacia lo jurídico como relación real desde la experiencia de lo percibido. *Op. Cit.* pp. 34.

¹²⁴ Por eso, es un ser no determinado por la especie; prueba de ello, es que él puede obrar en contra de ella. Vid. POLO, Leonardo. Intervención en las II jornadas del Aula de Ciencias y Letras, celebrada en Madrid el 30 de octubre de 1992.

¹²⁵ Vid. Hervada, Javier. Introducción crítica al derecho natural. Bogotá: Temis, 2000. pp. 9-14.

administra justicia: algo que debe garantizar en las controversias judiciales¹²⁶. Por ser *causa*, exige un efecto que todo juez ha de buscar producir: que ese *algo* –lo suyo de cada quien– esté en manos de su legítimo dueño, poseedor o tenedor¹²⁷. Esas cosas –en donde entra lo corpóreo e incorpóreo, personas, relaciones, y todo aquello que sea objeto de controversia jurídica–, se han considerado fundamentales desde los orígenes mismos de la *Ciencia del Derecho*, en virtud de ser ellas las que constituyen *los derechos*¹²⁸.

A partir de esta actividad cognoscitiva sensitiva –primaria y fundamental–, el hombre se hace una imagen en su mente de las cosas aprehendidas, a partir de la cual, haciendo uso de su capacidad intelectual, creará un concepto¹²⁹. Por eso, en el hombre existe, además de la potencia sensitiva, la capacidad intelectual que le faculta para analizar aquello que constituye de manera determinante las cosas. La inteligencia permite conocer las cosas *íntimamente* y, por eso, cuando se afirma que algo se ha entendido, se significa con ello que se ha captado lo que dicha cosa *es*¹³⁰. Indagar en qué

¹²⁶ Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 87 y ss.

¹²⁷ Sobre la relación causa-efecto, ver Aristóteles. *La física*. Madrid: Gredos, 1995, II, 3.

¹²⁸ Eso que las personas llaman “cosas suyas”, corresponde a sus derechos. Javier Hervada señala al respecto lo siguiente: “Lo *suyo*, lo de cada uno, este es el objeto del saber del jurista. A la cosa de cada uno –a lo suyo– le llamamos derecho, el derecho de cada cual; de donde determinar lo suyo, lo de cada uno, es determinar el derecho. El arte de lo *suyo*, de lo de cada uno, es el arte del derecho (...) El jurista señala lo justo que hay que darle a cada uno. De donde resulta que *lo suyo*, *lo justo* y *derecho* son tres modos de nombrar lo mismo”. Y más adelante advierte que esta causa material que permite llamar al derecho “cosa”, “recibe ese nombre en la medida en está atribuida a una persona”, es decir, que aquel *algo* se analiza *sub specie iuris* o, lo que es lo mismo, en cuanto es referido a un *alguien* –la persona–, que hace valer ese *algo*, frente a los otros: esto no es otra cosa que la triada existente entre la persona, sociedad y derecho, que es básica para la determinación del derecho y su garantía por parte del juez. Hervada, Javier. *Qué es el derecho* Bogotá: Temis, 2009, pp. 10 y 24.

¹²⁹ El conocimiento de la realidad que ofrecen los sentidos, tanto por la misma finitud de los órganos sensoriales, como por el objeto al cual se aplica su conocimiento, esto es, la cosa en su concreción material individual, es limitado. Por eso, es preciso superar este primer momento del conocimiento –momento de experiencia–, para buscar los objetos propios de la actividad intelectual humana, referidos, en este caso, a lo jurídico. Como lo señala el Estagirita: “Ninguna de las acciones sensibles constituye a nuestros ojos el verdadero saber, bien que sean el fundamento del conocimiento de las cosas particulares; pero no nos dice el porqué de nada: nos hacen ver que el fuego es caliente, pero no, por qué es caliente”. Aristóteles, *La Metafísica*, Libro I, cap. 1.

¹³⁰ A partir de esto, surgen los conceptos en la mente de la persona y, de esta manera, puede distinguir las cosas por lo que son, especialmente de aquellas que le son más

consiste este conocer íntimo, referido al conocimiento que el juez requiere para administrar justicia, es el objeto del siguiente apartado.

2.1.3. LA REALIDAD DEL DERECHO COMO OBJETO DE LA FACULTAD INTELECTIVA DEL JUEZ

El *primum cognitum* estudiado en el apartado anterior, es el punto de partida para el conocimiento de las cosas. En materia de decisión judicial, constituye el punto de partida para la realización del acto humano de juicio. Y, así como el ser humano conoce no solamente a través de los sentidos sino que lo hace *inteliendo* las cosas, es decir, penetrando en lo que ellas *son* para hacerlas suyas en cuanto otras, en el ámbito judicial jurídico se precisa ir más allá de esto que primero es conocido¹³¹.

El *acto de conocer* presente en el acto judicial que realiza el juez, va más allá de ese primer contacto con lo real que se tiene a través de la experiencia. Cuando el juzgador conoce de un caso que es sometido a su juicio, su potencia intelectual le orienta hacia una *realidad* que trasciende su inmanencia y le permite posesionarse de los actos de las cosas conocidas, y que constituye su objeto propio¹³². Por ser el acto de conocer, aquel acto propio del ser humano, se afirma de él que hace parte de su *acto de ser*: el acto de ser y el acto de conocer son inescindibles. “Esta es la grandeza —escribe Octavio Derisi— del acto o perfección del ser cognoscente: que su existencia no se agota ni se cierra en su propio ser, sino que en ella hay ser o acto para dar a otras formas, las cuales, sin dejar de existir en sí mismas, comienzan a existir, las mismas, de un modo enteramente nuevo y único

semejantes por pertenecer al mismo género o tener la misma finalidad. Vid. Tomás de Aquino. *De Veritate*, q. 1, art. 12.

¹³¹ “Cognoscere est fieri aliud in quantum aliud”. (Conocer es hacerse lo otro en cuanto otro) Tomás de Aquino, S.T. I, q. 14, art. 1.

¹³² El conocimiento es intelección de lo que las cosas *son*; y las cosas *son lo que son, por su forma o acto esencial*. Y al aprehender dichas formas, gracias a su potencia intelectual, el hombre *empieza a conocer su propia potencia intelectual*. Así, una vez el hombre conoce, puede conocerse a sí mismo; puede volverse reflexivamente sobre sí y tomarse a sí mismo como término de su conocimiento, en la conciencia de ser él mismo. Tal como lo señala Etienne Gilson: “El pensamiento tiene la facultad de conocer, pero no la de conocerse, porque no se torna cognoscible hasta el momento en que conoce en acto; y para conocer en acto necesita algo sensible, es decir, las cosas”. GILSON, Etienne. *Realismo metódico*, pp. 123.

en la realidad del acto cognoscitivo”¹³³. El objeto de la facultad intelectual del juez –aquello hacia lo que conduce el *primum cognitum* referido en el apartado anterior–, es *la realidad* de lo jurídico. ¿Es posible conocer esa realidad? Para responder a este interrogante es necesario, previamente, estudiar la relación que la tradición filosófica clásica ha establecido entre la inteligencia y la verdad.

2.1.3.1. LA VERDAD COMO OBJETO DEL ACTO INTELECTIVO

La capacidad intelectual del ser humano le faculta para leer la realidad más allá del dato empírico, para inquirir aquello que integra las causas constitutivas de las cosas, específicamente, su identidad y finalidad¹³⁴. Así, en virtud de su inteligencia, el hombre no sólo conoce, sino que conoce *inteligiblemente* las cosas, es decir, no se queda en lo que perciben sus sentidos, sino que es capaz de trascender la exterioridad de lo que aparece a los sentidos para descubrir *lo que ellas son y hacia dónde tienden*, elementos que conforman el mundo *inteligible* de las cosas¹³⁵. Esta capacidad intelectual del hombre, tiene como nota fundamental el que le permite ser dominador de las cosas materiales y, a la vez, independizarse de ellas; este es un aspecto específico de la vida superior propia de la persona y expresa su dignidad, en términos de superioridad con respecto al mundo de los hechos y de los objetos.

Mediante la penetración intelectual de lo que son las cosas y de su razón de ser, el hombre se acerca al conocimiento de lo real¹³⁶. Así, la realidad

¹³³ Derisi, Octavio. *La doctrina de la Inteligencia de Aristóteles* a S. Tomás. *Op. Cit.* pp. 31.

¹³⁴ La inteligencia (del latín *intus-legere*), permite al hombre conocer con claridad las cosas y diferenciarlas. En los seres inorgánicos, esta realidad perteneciente a las cosas, a partir de la cual nos hacemos los conceptos de las mismas –y que la filosofía clásica se denominó “*forma*”–, está constituida de materia; pero en los vivientes, dado que quien vive *se mueve*, dicha forma alcanza una actividad que la independiza de la pasividad o potencia de la materia. En el caso del ser humano, la inteligencia nos permite descubrir una manera específica de ser: aquella que le posibilita ser causa de sí mismo, con intencionalidad al fin que consciente y libremente se propone gracias al concurso de su inteligencia y su voluntad. Esta es la manera como el hombre existe y determina su existencia. Vid. Aristóteles, *De Anima*, Libro II, cap. 1; Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 6 art. 1 y 2.

¹³⁵ La causa formal es la que da el carácter distintivo a cada ser; la eficiente es su principio de movimiento; y la final es el bien, porque el bien es el fin de toda producción. Aristóteles, *La Metafísica*, IV, 2.

¹³⁶ Ello da cuenta de lo trascendente que hay en el acto intelectual que realiza el ser humano. “Trascendente” y no “trascendental”: Lo primero indica que el pensamiento conoce

es la fuente de valor del conocimiento; sin realidad no hay verdad en el conocimiento. La identificación de la verdad –de la realidad– como objeto formal propio de la inteligencia, permite considerar las cosas bajo la razón universal del ser¹³⁷. De allí que la intelección de lo real se caracterice por una amplitud infinita que, si bien impide abordar la totalidad de la realidad, inclina al intelecto a conocerla cada vez con más y mayor perfección¹³⁸. Por la inteligencia, el hombre penetra el mundo del *ser* que es, por lo mismo, el mundo propio del hombre, por cuanto los animales no están capacitados para *decir* de las cosas lo que ellas son¹³⁹.

Lo real es, por tanto, *inteligible*. Ello significa que las cosas son susceptibles de ser conocidas con profundidad¹⁴⁰. Conocer es, por ello, poseer inmaterialmente una *forma* ajena en una *identidad intencional*: la del sujeto cognoscente y la cosa conocida¹⁴¹. Por eso, la filosofía clásica consideró que lo que es específico de la inteligencia es el *con-formarse* con las cosas¹⁴². De allí que, en el campo del conocimiento humano lo primero y más definitivo

el ser que está fuera de él; lo segundo, que el ser se encuentra en el pensamiento. Vid. Gilson, Etienne. *Realismo metódico. Op. Cit.* pp. 123.

¹³⁷ Tomás de Aquino, S.TH., I, q. 79, art. 7.

¹³⁸ En este sentido afirma el Estagirita que “(...) hay imposibilidad de alcanzar la completa verdad (en su conjunto), a la vez que es imposible que la verdad se oculte por entero. Cada especialista aporta al conocimiento de la verdad un poco”. Y más adelante agrega: “La dificultad de hallar la completa verdad no está en las cosas, sino en nosotros mismos”. Aristóteles, *La Metafísica*, II, 1.

¹³⁹ El hombre es el único ser dotado de esta capacidad de “decir el ser” a través del lenguaje, elemento esencial consecutivo de la naturaleza humana. Vid. Tomás de Aquino, *De Regno*, parte I, 1.

¹⁴⁰ Esto significa que el hombre tiene la capacidad de indagar por lo que las cosas son en su esencia, en su causa formal, en sus fundamentos últimos. Vid. Alvira, Tomás et al. *Metafísica*. Pamplona: Eunsá, 1989, 16 p.

¹⁴¹ Vid. Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 1, art. 9.

¹⁴² En la filosofía clásica a esta penetración de lo inteligible de la realidad se le llamó “filosofía primera” y, más tarde, “metafísica”, nombre con el cual se indicaba la búsqueda de las últimas causas de las cosas. Vid. Aristóteles, *La Metafísica*, IV,II. Este concepto ha reclinado o una connotación en extremo peyorativa a partir de la crítica trascendental kantiana para la cual, buscar conocimiento por medio de la reflexión metafísica es improductivo, por cuanto se le ve como aquello contrario a lo científico y, por ende, desdeñable. Sin embargo, como con acierto lo afirma F. Copleston, los ejemplos kantianos de los razonamientos metafísicos son tomados de la escuela de Wolf y no del realismo tomista, al que poco conocía. Kant ataca a unos filósofos metafísicos que difieren mucho de la metafísica clásica. Copleston, Frederic. *El pensamiento de Santo Tomás*, México: Fondo de cultura económica, 1960, pp. 16-17.

es la intelección de lo real y no la racionalidad, que expresa la manera de proceder del intelecto¹⁴³.

De cara a esa realidad que se le presenta a su inteligencia, el ser humano asume actitudes de búsqueda y de aprehensión. No se puede precisar el valor del conocimiento, si no es refiriendo a la realidad que existe fuera de la mente humana¹⁴⁴. De forma análoga a lo que sucede con los sentidos que pasan de ser potencia a estar en acto al recibir la influencia del objeto –por ejemplo, la potencia visual se pone en acto al momento de entrar en contacto con la cosa vista–, la inteligencia pasa de ser facultad al acto de entender gracias a las cosas que son recibidas a través de la imagen que se forma a partir de la experiencia sensible y que pone al sujeto cognoscente en posesión del objeto¹⁴⁵.

En virtud de esta imagen –que en la filosofía aristotélica se denominó “*especie impresa*”–, presente en la mente del cognoscente, la inteligencia procede a realizar el acto de entender que le es propio¹⁴⁶. Esta facultad

¹⁴³ En este camino, que es una búsqueda constante, conviene tener presente lo que reflexiona Aristóteles al comenzar el libro II de la *Metafísica* cuando afirma que la verdad –como objeto del conocimiento–, es, a la vez, difícil y fácil de hallar; difícil por cuanto hay imposibilidad de alcanzar la completa verdad –en su conjunto–; y fácil, porque es imposible que la verdad se oculte por entero, y cada especialista aporta al conocimiento de la verdad un poco. La dificultad de hallar la verdad completa no está en las cosas, sino en el propio hombre, toda vez que le pasa como a los murciélagos a quienes les ofusca la luz del día: a los seres humanos a veces nos ofuscan las cosas más evidentes. Vid. Aristóteles, *La Metafísica*, Libro II, I.

¹⁴⁴ “El ser se presenta –al hombre– no sólo como algo que es sino que se inserta en su inteligencia para imponer a la actividad práctica humana, a su voluntad, sus exigencias. En el primer caso nos encontramos ante el problema de la captación del ser, ante la cuestión de si la inteligencia realmente toca y alcanza al ser sin modificarlo, y el valor del conocimiento dependerá precisamente de que pueda adentrarse en sus entrañas ontológicas y ver lo que él es, sin deformarlo con su acción noética. En el segundo, en cambio, se trata del alcance del obrar humano sobre el ser y de las imposiciones que éste ejerce sobre aquél, de la realización y modo de realización que el ser exige a la actividad práctica del hombre (...).” Derisi, O. *Filosofía moderna y filosofía tomista*. Tomo I, Guadalupe, Buenos Aires, 2da edición, 1944, pp. 16-17.

¹⁴⁵ Derisi, O. *La doctrina de la Inteligencia de Aristóteles* a S. Tomás. *Op. Cit.* pp. 139.

¹⁴⁶ El conocimiento sensible no se limita a los sentidos externos sino que abarca también los internos. El conocimiento sensible, llamado así porque con él se puede sentir, se perfecciona cuando, recibid. a la sensación por cuenta de los sentidos externos, por la acción del sentido común, se capta como estructura; luego, esa estructura es mayor cuando actúa la imaginación o fantasía, que vuelve el dato imagen (o fantasma, según

intelectiva que le posibilita al hombre trascender la materia, le lleva a tener una “*identidad intencional*” con la realidad, que es *posesión inmaterial de la misma*, y que es la fuente del conocimiento¹⁴⁷. Por eso, el conocimiento se define en la filosofía clásica realista como la “posesión inmaterial de una forma”, es decir, como acto mediante el cual el sujeto cognoscente se identifica intencionalmente con lo que *es* –en sí mismo– el objeto extra-mental¹⁴⁸. Cuando el sujeto cognoscente alcanza esa identidad intencional con el *ser*, entonces su conocimiento, en la medida en que da cuenta de la realidad, se adjetiva como verdadero¹⁴⁹. Por eso, la realidad es el único referente que posibilita hablar de conocimiento verdadero. Cuando se afirma que algo que se conoce es verdad, es porque lo que está en el intelecto, *es así en la realidad y no al contrario*¹⁵⁰.

El rigor de la intelección está, por tanto, en el acto mediante el cual el entendimiento es fecundado por la realidad; a partir de allí se elaboran

el nombre que se le daba en la edad media en atención al nombre de “fantasía” que también recibía la imaginación”); mayor elaboración se alcanza con la “cogitativa” que es una especie de intelecto de lo concreto, que está próximo para entrar en el ámbito de lo intelectual; y todo esto se guarda en la memoria sensitiva. A partir de todos estos datos la inteligencia opera en lo que le es propio. Vid. Aristóteles, *De anima* Libro III, cap. 5; Beuchot, Mauricio. *Introducción a la filosofía de Santo Tomás*. Salamanca: Ed. San Esteban, 2004. 112 p.

¹⁴⁷ Al abstraer del objeto sus notas materiales concretas e individuantes, la inteligencia se hace la imagen inmaterial de la forma del objeto: a esto es a lo que se llama “identidad intencional con el objeto”, o posesión inmaterial del mismo. Vid. Derisi, Octavio. *La doctrina de la Inteligencia de Aristóteles a S. Tomás*. Op. Cit. pp. 139.

¹⁴⁸ Aristóteles señala que el paso de la pasividad o potencialidad de la inteligencia al acto que le es propio, es decir, a la inteligibilidad, exige un agente que ya esté en acto o, lo que es lo mismo, la actualice haciéndola salir de la mera potencialidad. Surge entonces la consideración de un componente pasivo y otro activo dentro de la facultad intelectual humana; al primero se le llamó entendimiento posible o pasivo y, al segundo, entendimiento agente o activo. Así, el entendimiento agente es la parte del intelecto que cumple la misión de realizar la operación de la abstracción de la esencia Inteligible de sus notas materiales a partir de la imagen. Es la facultad intelectual activa que prepara, dispone e ilumina el entendimiento posible. Vid. Aristóteles. *De Anima*, Libro III, cap. V. Esta idea es recogida por Tomás de Aquino en la Suma Teológica q. 79, art. 3: “Así, pues, era necesario admitir en entendimiento una facultad que hiciera a las cosas inteligibles en acto abstrayendo las especies de sus condiciones materiales. Aquí radica la necesidad de admitir el entendimiento agente”.

¹⁴⁹ Al conocer las cosas con verdad, el hombre se hace, en cierto modo, todas las cosas. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 80, art 1, c.

¹⁵⁰ Vid. Cardona, Carlos. *Metafísica de la opción intelectual*, Madrid: Rialp, 1966, 15 p.

los conceptos o ideas. Así pues, la intelección es algo superior a la mera producción de ideas: es la identificación de lo que constituye la realidad de las cosas, a partir de lo cual surgen las ideas. Precisamente por ello, a la inteligencia también se le llama entendimiento: porque “tiende a” lo real, está en “tensión hacia”. En este sentido afirma Carlos Cardona que: “[...] las cosas, la realidad, los entes y su ser están ante mí, no mostrencos, sino conocidos [...] Y porque son, traen a mi conocimiento una riqueza inagotable, y se hacen camino, tal vez áspero, pero gustoso, para el descubrimiento de verdades altísimas”¹⁵¹.

Tan importante es esta íntima unión entre el intelecto y la realidad para la vida personal del ser humano, que el error en el conocimiento ha sido considerado “el error más fundamental de la vida humana”¹⁵². La mentira, por tanto, deviene muy ofensiva para el hombre en razón de la lesión que con ella se hace a la tendencia del intelecto humano a conectarse con la realidad, que es su destino natural¹⁵³. En esta línea de pensamiento Señala Xavier Zubiri que, de tal entidad es el vínculo entre hombre y verdad que, cada vez que se atenta contra la verdad, se atenta contra el mismo hombre¹⁵⁴. El ser humano vive inmerso en la realidad; es un ser encarnado, un ser en el mundo y allí tiene que toparse con las cosas¹⁵⁵. Y siempre que el hombre se abra al conocimiento de alguna cosa, abraza la posibilidad de llegar a saber la verdad sobre la misma; el hombre busca la verdad cuando se lanza al

¹⁵¹ Ibid. 22 p.

¹⁵² Zubiri, Xavier. *El hombre y la verdad. Op. Cit.* 11 p.

¹⁵³ Con la mentira sucede lo mismo que con un billete falso: existe, pero no es real. Por no consultar con la realidad, la mentira genera malestar y dolor.

¹⁵⁴ Xavier Zubiri refiere que, actualmente, asistimos a un momento histórico en el que el hombre vive, actúa, como si la verdad le fuese algo extraño, ajeno, “añadido”, no propio. Llevamos varios siglos en los que la verdad viene siendo objeto de agresiones por parte del hombre. Nuestra época es especialmente agresiva con la verdad. La índole propia de la verdad la hace vulnerable y, por eso, es fácil agredirle. Hoy en día, interesa lo que se cree y lo que se comprende de las cosas, pero no *su* verdad; lo que se dice tiene valía porque se dice y por quién lo dice, pero no *por lo que* se dice. Sin embargo, cada agresión, cada ataque contra ella, termina afirmando la verdad porque, cuando aparece la mentira, la verdad se hace más nítida y entre más se arremete contra ella, ésta sale más intacta. Vid. Zubiri, Xavier. *El hombre y la verdad. Op. Cit.* pp. 11 y ss.

¹⁵⁵ De este momento de realidad da cuenta el propio Kant cuando afirma que nuestro conocimiento comienza con la experiencia, aunque luego afirme que su origen está en el sujeto pensante. Vid. Kant, E. *Crítica razón pura*. España: Taurus, 2005, 27 p.

conocimiento de lo que las cosas son, más allá de sus apariencias externas. Este es el sentido estricto de la filosofía en tanto amor a la sabiduría¹⁵⁶.

La triada inteligencia, realidad y verdad es, por tanto, una e inseparable en el acto del conocimiento¹⁵⁷. Ello, tiene importantes repercusiones en el ámbito de la decisión judicial toda vez que, la recta administración de justicia, exige al juez ir más allá –tanto de lo fenoménico, como de la mera corrección formal del pensamiento y de su expresión a través del lenguaje–, y penetrar en lo que *es* el derecho y en la *razón de ser* que se desprende del mismo, lo cual determina la finalidad de su función como administrador de justicia¹⁵⁸. ¿Cuál es esa *realidad* jurídica a que ha de asentir el juez al momento de realizar el acto judicial jurídico? Veamos.

¹⁵⁶ Vid. Polo, Leonardo. *Introducción a la filosofía*. Pamplona: Eunsas, 1995, pp. 15.

¹⁵⁷ Esto explica la razón por la cual en todas las culturas existe una palabra para identificar la verdad y diferenciarla de la mentira, cuyo referente obligado es la realidad; y, no obstante los diversos idiomas, tiempos y lugares, existe una noción universal de la palabra *verdad*. Por eso, en sus reflexiones sobre el conocimiento humano, los distintos sistemas de pensamiento reconocen que el intelecto del hombre tiene que ver con la verdad, esto es, con la verdad: “el conocimiento es un cierto efecto de la verdad”. Esta noción –que está a la base de la intelección de lo que *es* el judicial jurídico y su finalidad–, enfatiza en que la verdad *reside en el entendimiento*, pero en cuanto éste se adecua con la cosa conocida. Esta *adecuatio* significa comprensión de la *imago* impresa que puede alcanzar mayor o menor *con-formidad* –ajuste a la forma– o correspondencia, con el ser extra-mental. Con base en esto, el sujeto cognoscente emite un juicio sobre las cosas, del cual, propiamente hablando, se predica la verdad por cuanto se dice algo de algo: si lo que se afirma se corresponde con la realidad de la cosa, entonces el juicio es verdadero; de otra forma, es falso. En esa misma línea, escribe Alejandro Llano: “No somos nosotros los que poseemos la verdad, es la verdad la que nos posee. La verdad, dice el profesor Leonardo Polo, no admite sustituto útil. Y Ortega y Gasset afirmaba en 1934: “la verdad es una necesidad constitutiva del hombre (...) Este puede definirse como el ser que necesita absolutamente de la verdad y, al revés, la verdad es lo único que esencialmente necesita del hombre, su única necesidad incondicional”. Esta verdad necesaria no nos encadena: nos libera de la irrespirable atmósfera del subjetivismo y de la esclavitud a las opiniones dominantes, que representan obstáculos decisivos para un diálogo seriamente humano”. Llano, Alejandro. *El valor de la verdad como perfección del hombre*. Universidad de Navarra, Departamento de filosofía, Pamplona, pp. 11. Consultado el 20/06/2014: <http://www.usergioarboleda.edu.co/lumen/biblioteca/Alejandro%20Llano/El%20valor%20de%20la%20verdad%20como%20perfecci%C3%B3n%20del%20hombre.pdf>

¹⁵⁸ A partir de esta primacía de lo metafísico, el sistema filosófico del realismo ha defendido la tesis de la inmaterialidad de la inteligencia ya que ésta, en cuanto potencia, para conocer todo cuerpo, ha de ser enteramente independiente de él. Afirma Aristóteles en el *De Anima*: “El sentido no puede sentir después de percibir un objeto sensible

1.1.1.2. EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO: BASE PARA EL ACTO DE JUICIO

Según se ha venido reflexionado, el acto judicialístico jurídico, en cuanto acto humano en el cual opera la potencia intelectual, exige el contacto con *la realidad jurídica*. El acto de juicio que realiza el juez –dada su naturaleza intelectual– está, por tanto, ligado a la realidad¹⁵⁹. Sin este referente de realidad, todo acto judicialístico se vicia desde su base¹⁶⁰. Por eso, la elaboración de juicios y ratiocinios por parte del juez, que tiene lugar a partir de esa captación de lo real, depende –en su validez– de su conformidad con la realidad del derecho, cuya realización se convierte en el baremo que hace posible adjetivar un fallo judicialístico como correcto¹⁶¹. El *derecho* es, pues, la realidad fundamental a la cual ha de tender intencionalmente la inteligencia del juez como fuente de verdad y de rectitud de juicio. Por eso, el derecho constituye el objeto formal de la capacidad intelectual del jurisdicente y, el error sobre el mismo, constituye fuente principalísima de decisiones judiciales injustas.

El resultado de la conexión existente entre el intelecto y su objeto –la realidad– es el conocer, que representa la finalidad o razón de ser de la capacidad intelectual humana¹⁶². Como se ha indicado reiterativamente, el contacto de la inteligencia con lo real posibilita la elaboración de los conceptos sobre aquello que se ha aprehendido y, respecto de lo cual, se emiten juicios de los que se predica verdad o falsedad en la medida en que ellos se correspondan o no con la realidad aprehendida¹⁶³.

demasiado fuerte, v.gr. no puede oír un sonido después de oír sonidos intensos, ni ver y olfatear, después de percibir colores y sabores fuertes; mientras que, por el contrario, después de que el entendimiento ha entendido alguna cosa muy inteligible, no por eso entiende peor sino mejor las cosas inteligibles inferiores, lo cual es debido a que, el entendimiento está separado de él”. Aristóteles, *De Anima*, libro III, cap. 4. Así pues, la inteligencia se extiende a todo objeto corporal, y del modo como conoce sin corromperse –a diferencia de lo que acontece con los sentidos cuando su objeto es muy intenso–, se concluye su naturaleza inmaterial.

¹⁵⁹ Cfr. Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1980, pp. 66.

¹⁶⁰ De esa aprehensión de lo real surgen los conceptos que son la base para todo el ulterior procedimiento racional que realiza quien juzga. Cfr. Mans, Jaime. *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch, 1978, pp. 27 y ss.

¹⁶¹ Vid. Tomás de Aquino. S.T. I, q. 79, art. 3.

¹⁶² Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Eunsa, 2000, pp. 5.

¹⁶³ Dado que la realidad es múltiple, son también múltiples los objetos de conocimiento, los cuales, a su vez, exigen un camino o método propio para ser accedidos. De esta

Ahora bien, el trasegar en busca del conocimiento, a la vez que es algo ineludible, representa una tarea compleja¹⁶⁴. El intelecto, que viene potencialmente preparado para captar lo real, está limitado para la captación *in acto* —en un solo acto— de la totalidad de lo real¹⁶⁵. Ello no significa negar la posibilidad de conocer con verdad, pero sí el reconocimiento de que su búsqueda es una tarea constante. Como afirma Aristóteles, “la doctrina que condena al pensamiento a no tener objeto determinado, es espantosa. Ellos aceptan que hay cosas más falsas o verdaderas que otras, pero niegan la verdad [...] absurdo [...] si hay cosas más próximas a la verdad que otras, es porque la verdad existe”¹⁶⁶.

Esta condición propia del entendimiento humano, hace de la función judicial algo especialmente exigente en lo intelectual. A partir del hecho de experiencia —el *primum cognitum*— que muestra que “la vida humana exige que las cosas — bienes, funciones, cargas, etc.— estén repartidas y, en consecuencia, atribuidas a distintos sujetos [...]”¹⁶⁷, de donde nace el derecho de cada uno como una necesidad social¹⁶⁸, el juez tiene que penetrar en lo que dicho derecho *es*, en aquello que lo especifica y lo distingue de cualquier otra realidad, por cuanto, es lo que está llamado a hacer efectivo mediante la sentencia.

Llegar a saber lo que *es* el derecho, dónde está y su modo de operar, constituye una tarea compleja. Y hoy en día lo es más, dada la diversidad de sentidos en los que se emplea el término y su plurivalencia¹⁶⁹. El término

manera, el camino para acceder al conocimiento de las cosas está sugerido en las cosas mismas y corresponde al intelecto leerlo. Vid. Bochenski, Józef María. *Los métodos actuales del pensamiento*. Trad. Raimundo Brudis. Madrid: Rialp. 17 p.

¹⁶⁴ Boecio, en el *Contra Eutiques y Nestorio*, habla de cuatro maneras de referirse a la naturaleza: por una parte referida a las cosas que, como existen, pueden ser aprendidas por el intelecto; otra, referida a aquello que es capaz de actuar o sobre lo cual se puede actuar; también como principio de movimiento *per se* (no accidental) de un ser; finalmente, como diferencia específica que da forma a algo. En este último sentido se toma aquí. Vid. Culletón, Alfredo. “Tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia) Ricardo de San Víctor (existencia) y Escoto (incomunicabilidad), En: *revista española de filosofía medieval*, número 17. 60 p.

¹⁶⁵ “Hay imposibilidad de alcanzar la completa verdad, a la vez que es imposible que la verdad se oculte por entero” Aristóteles, *La Metafísica*, libro VI, I.

¹⁶⁶ *Ibid.* Libro IV, IV.

¹⁶⁷ Hervada, Javier. *Qué es el derecho Op. Cit.* 12 p.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Cfr. Brufau Prats, Jaime. *Introducción al derecho. El ser del derecho*. Salamanca: Artes gráficas, vol II-I, 1983, 97 p.

ha sido referido a una serie de realidades distintas: normas, facultades, costumbres, sentencias judiciales e, incluso, al propio saber que conoce estas realidades. No obstante, entre los diversos significados del significante “derecho” no hay equivocidad sino analogía, es decir, son significados que, aunque difieren, se relacionan entre sí. El derecho, como toda realidad, tiene su propia esencia. Cuando se afirma que una norma, una facultad, un hecho, una relación o una decisión *es jurídica* es –como lo explica Fernández Galeano– “porque captamos en todos ellos una coincidencia última y básica que no es sino una esencia única participada por esa multiplicidad de realidades: la naturaleza jurídica”¹⁷⁰.

Para desentrañar esa esencia o “ser en sí” del derecho, conviene acudir al sentido original del término *derecho* heredado de la tradición greco-romana; para esta tradición, el derecho corresponde a la “misma cosa justa”¹⁷¹. Esta definición muestra que la realidad jurídica está provista de existencia propia y distinta, respecto de la cual el jurista –especialmente aquel que tiene a su cargo la función de administrar justicia–, está llamado a hacerse experto¹⁷². Por esta existencia y forma particular, al derecho se le ha dado la connotación de “lo suyo”, con lo cual se indica la existencia de una realidad externa al sujeto, distinta de él pero propia de él, respecto de la cual, *entra*

¹⁷⁰ Fernández Galeano, Antonio. “Ensayo de una concepción hilemórfica del derecho”. En: *Anales de Filosofía del Derecho*. VIII, 1961, pp. 125.

¹⁷¹ “Es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación, para significar otras cosas. (...) Este vocablo “derecho” –*ius*– originariamente se empleó para significar la misma cosa justa –*ad significandum ipsam rem iustam*–. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien “comparece en derecho”; finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo”. Tomás de Aquino, S.T. II-II, q. 57, art. 1, ad 1.

¹⁷² En la tradición griega esto se llamó “*to dikaion*”, que es un término neutro con el que se indica “lo derecho”. Con ello se establece una diferencia importante entre el hombre que es justo por tener la virtud de la justicia –*dikaios*–, y la realización efectiva de la cosa justa –*to dikaion*–. Esta noción del derecho se distancia de aquellas que Michel Villey llama “formas modernas” de hablar de él, especialmente aquella que refiere a la ley. Según Villey, “las leyes, que forman la armazón de la justicia, no son el derecho (*to dikaion*). El dicastes o juez es el experto en ese *dikaion* y, por ende, su tarea al interior de la sociedad es fundamental en términos de garantía del orden social: que las cosas estén en poder de su dueño. Vid. Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*, Op. Cit. 76 p.

en relación¹⁷³. Desde sus orígenes, *el derecho* ha sido concebido como una realidad relacional.

“Lo suyo” de cada persona –o, lo que es lo mismo– lo que es de cada persona y no de otra, es lo primero que ha de conocer el juez, a quien se le exige saber qué corresponde a cada uno en el marco de las relaciones humanas, en donde se ponen en juego una serie de bienes que, en cuanto son de alguien, le son debidos y, por tanto, exigibles por él como su legítimo titular¹⁷⁴. El juez administra justicia cuando realiza de manera efectiva el derecho, es decir, esa realidad relacional existente entre las cosas y las personas¹⁷⁵. Dicha realidad está recogida en la definición de la palabra *Ius* que aparece en el título primero del Digesto que, como señala Michel Villey, ha sido descuidada hoy, en donde el derecho es definido como “*ipsa res iusta*”¹⁷⁶, y no simplemente como un conjunto de normas, de costumbres sociales o de decisiones judiciales¹⁷⁷. Si el juez tiene por misión decir el

¹⁷³ Escribe Michel Villey: “Existe un arte que atañe a la virtud subjetiva del individuo; o que le prescribe conductas, incluso conductas justas, las del hombre justo (*dikaaios*); podemos llamar a este arte la moral. Pero de la moral se desprende otra disciplina que tiene por mira decir lo que es justo, lo que pertenece a cada uno (...) Ciencia del *dikaion*, es decir, del derecho”. Vid. Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 85-87.

¹⁷⁴ En razón de ello, la existencia del derecho es anterior al poder o facultad para exigirlo: el llamado *derecho subjetivo*. En esa misma línea argumentativa es posible establecer una estrecha relación entre lo justo y lo igual, por cuanto éste corresponde exactamente a lo debido, ni más ni menos; por eso lo justo es lo igual a lo que se adeuda, es decir, que lo que se dé sea igual a lo que se debe. Como lo señala J. Hervada, la igualdad exige comparar; aquí se compara lo dado: así, lo justo es igual comparando las cosas que se intercambian, que deben ser equivalentes. Esta igualdad puede ser de tres maneras: identidad, igualdad en sentido restringido, proporcionalidad. Igualdad de identidad es aquella en donde lo que hay que dar es exactamente la misma cosa que salió de la esfera de poder del sujeto de atribución. Igualdad en sentido restringido es aquella que se presenta cuando hay que dar igual cantidad y cualidad, aunque no sea exactamente la misma cosa. Igualdad de proporcionalidad es la propia las distribuciones, en donde dicha igualdad se determina por la finalidad del reparto y la relación de los sujetos con dicha finalidad. Así, lo que mide la igualdad de reparto es la proporción entre los distintos sujetos y los bienes repartidos. Vid. Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. Cit. pp. 5 y 35-36.

¹⁷⁵ Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 87.

¹⁷⁶ Tomás de Aquino. S.T. II-II, q. 57, art 1.

¹⁷⁷ La jurisprudencia, dice Ulpiano, es la búsqueda de lo justo y de lo injusto en la realidad social, a partir de un conocimiento de las cosas: *notitia rerum*. Ibid., pp. 106-108.

derecho (*iuris-dictio*), ha de indicar lo que es de cada uno –lo *justo* en cuanto ajustado a él y en la medida que le corresponde– y hacerlo efectivo.

La existencia de un derecho exige su realización efectiva por cuanto representa un *debitum* para con alguien –por ser su titular y, por tanto, debido a él–, que tiene *la facultad de exigirlo*. Dicha facultad es lo que se conoce como derecho subjetivo, el cual se deriva del hecho principal –real– de que la persona ya tiene el derecho¹⁷⁸. La debitoriedad es, por tanto, la “[...] cualidad en virtud de la cual se hace jurídica una cosa; es la nota más característica del derecho, la que expresa, de mejor forma, su esencia”¹⁷⁹. Si el derecho es algo debido a alguien, es porque ello hace parte de su haber y, por tanto, hace nacer en el otro la exigencia de respeto. Debitoriedad y exigibilidad son, pues, dos elementos fundamentales y derivados de la realidad del derecho. Por ello, el derecho se debe y, en tanto se debe a alguien y sólo a ese alguien, se exige: a quien se le adeuda, se le llama –precisamente– en el lenguaje jurídico *acreedor* y, a quien lo adeuda, *deudor* y a éste se le exige.

Solamente cuando la cosa debida esté en poder de su titular, se podrá hablar de realización efectiva del derecho, que es la tarea encomendada a los jueces. “La dimensión objetiva y subjetiva del derecho revela una unidad conceptual sin la que (sic) es impensable abordar el tema de la naturaleza jurídica. En efecto, la deuda (cualidad de debido que se predica de la cosa) y el deber (acción a realizar que se predica del sujeto), la exigibilidad (cualidad que se predica de la cosa debida) y la facultad moral (cualidad que se predica del titular de la cosa justa) se correlacionan en una interdependencia marcada por la complementariedad. Esta interdependencia se realiza en función de la precedencia ontológica de lo suyo, que se considera no como realidad sustancial (cosa –en sí–), sino relacional (cosa justa, es decir, debida y exigida)”¹⁸⁰.

Así pues, cuando se adjetiva una realidad como *jurídica*, se está aludiendo, a la relación que se establece entre una cosa y una persona que es su titular o dueño¹⁸¹. El derecho es algo que, estando atribuido a un sujeto, que es su

¹⁷⁸ Hervada, Javier. *Qué es el derecho*. Op. Cit. pp. 29-30.

¹⁷⁹ Hoyos, Ilva. “Las causas en el derecho. Estudio desde una consideración realista”. En: Dikaion, Bogotá: Universidad de la Sabana, vol. 2. 30 p.

¹⁸⁰ Ibid. 31 p.

¹⁸¹ “La cosa en sí no es derecho; en su sustancia no es derecho: es un reloj, un piso, un anillo... No hay ninguna cosa a la que, por nombre de sustancia, le corresponda el nombre de derecho y, en cambio, todas las cosas –con tal que sean repartibles y

titular, le es debido. De la relación constitutiva entre las personas y sus cosas, surge una relación que se da entre el titular del derecho y las otras personas en el marco de la vida social¹⁸²; en ese caso, los términos de la relación son las personas, y el derecho constituye su fundamento¹⁸³. La filosofía clásica denominó a esta relación, “relación de justicia”, por cuanto se da en torno al “ius”, es decir, al derecho.

La realidad del derecho así entendida permite captar a qué se alude cuando se afirma que los jueces han de realizar efectivamente los derechos de las personas mediante sus providencias: lo justo, lo debido, lo exigido. Esta realidad tiene en su estructura algunos elementos cuyo conocimiento es esencial para la realización del acto judicial jurídico por parte del juez. Dichos elementos refieren a su fundamento, su título y titular, su medida y su modo, y su finalidad. El fundamento es el basamento o soporte *in re* que habilita al titular para poseer el título¹⁸⁴; el título, corresponde a la razón por la cual se predica la existencia del derecho; dicho título –o causa de atribución del derecho– puede consistir en una norma, una costumbre, un pacto o contrato, o la misma condición humana; en este último caso se habla de “derechos inherentes a la persona”¹⁸⁵. El titular es quien detenta el

distribuíbles– pueden ser derecho. Derecho no es nombre de sustancia; por eso, todas las cosas que son derecho tienen su propio nombre de sustancia. Eso ocurre incluso con las leyes, las cuales reciben este nombre para denominarlas por lo que son en sí: directrices u ordenaciones imperativas; además de ese nombre, las leyes se llaman derecho y de ellas se dice que son jurídicas”. Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. 230 p.

¹⁸² Allí existe la obligación de respetar el derecho ajeno. “*Obligatio*” es acción de responder por algo, en este caso, por el derecho de otro; obligación que se desprende de la naturaleza misma del derecho en cuanto lo debido. Vid. Diccionario Ilustrado Latino-Español Español-Latino, Barcelona: Spes, 1950, voz “obligatio”.

¹⁸³ Vid. Graneris, Giuseppe. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, 2da edición, Buenos Aires: Eudeba, 1977, 30 p.

¹⁸⁴ Javier Hervada señala que el fundamento del derecho puede ser próximo o mediato. El próximo, es en el que se basa el título de modo inmediato: un Rey llega a serlo en virtud de un título que es la constitución, pero detrás de ello hay algo que le posibilita ser titular: la pertenencia a la casa real según el grado de consanguinidad. El fundamento mediato –presente en todos los derechos– es la condición personal del ser humano. La posibilidad de ser titular de derechos está fundada en la estructura ontológica de la persona que tiene una índole dominadora y puede llamar a las cosas “suyas”. Vid. Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 233 -234.

¹⁸⁵ Del ser personal surgen algunos derechos, es decir, cosas suyas para el hombre. En efecto, por el hecho de ser quien es –en virtud de su ser–, la persona tiene derecho a la

derecho de manera privativa y excluyente respecto de los otros¹⁸⁶. La medida es el “conjunto de aspectos del derecho que corresponden al qué, cuánto, cómo, cuándo y dónde debe darse para satisfacer el derecho e igualmente en relación al correcto uso y ejercicio del mismo”¹⁸⁷. Cuando se indaga por el cómo la cosa es del titular (propietario, arrendatario, usuario, etc), se está frente al modo del derecho¹⁸⁸. La finalidad –que es la razón de ser del derecho–, es que dicho derecho esté en poder de quien lo detenta como titular.

Todos estos elementos que integran la realidad jurídica han de ser conocidos por el jurisdicente con especial experticia. Como se ha indicado, su capacidad intelectual le faculta para ello. El error en su conocimiento es de carácter fundamental y, por su relación con la verdad, se constituye en una de las principales causa de arbitrariedad en las decisiones judiciales¹⁸⁹. En razón de su raigambre filosófica –que se aviene a la naturaleza de

vida, a la salud, a la integridad física y mental, que son bienes que le son inherentes. También hacen parte de estos derechos las libertades (religiosa, pensamiento, conciencia, etc.) que se fundan en la libertad como radical humano; finalmente, también de los fines naturales del hombre –a los cuales se mueve el hombre por serle propios–, surgen derechos como el matrimonio, el trabajo, la educación, el descanso, etc. Vid. Hervada J. *Ibíd.* ... pp. 522.

¹⁸⁶ Se es titular porque se es sujeto de derecho: “Para que las cosas estén repartidas de modo que esta atribución genera una deuda, es preciso que el titular no sea simplemente parte del todo. La parte en cuanto es parte, tiene razón de ser en cuanto integrada en el todo, está a su servicio. En tal caso, las cosas son del todo y la parte participa de ellas; la parte no tiene esferas de apropiación autónomas respecto del todo. Aunque las partes tengan atribuidas funciones, en realidad la función pertenece al todo. Por ejemplo, quien ve es el hombre a través del ojo; el ojo no tiene esa función como esfera de atribución autónoma respecto del hombre que ve. De ahí que el ojo no tenga razón de ser separado del cuerpo humano. Al ser pura materia, los animales –y los demás seres– son meras partes del universo. Su razón de ser reside en el bien del cosmos, de forma que están al servicio del conjunto. Por eso hay animales que se alimentan de plantas y animales que se alimentan de otros animales. Para eso están animales y plantas. Al no ser distintos del universo ni otra cosa que partes del universo, no cabe apropiación ni deuda, porque no cabe un verdadero reparto de cosas. Todo es del conjunto (...) el hombre, al no ser una mera parte del todo, necesita el reparto de las cosas del universo (...) se apodera de las cosas como suyas, no del conjunto. Hervada, Javier. *Qué es el derecho*. Temis, 2da ed, Bogotá, 2009, 38 p.

¹⁸⁷ *Ibíd.* 206 p.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Actualmente la verdad se ve como algo “no propio” del hombre, lo cual constituye una agresión a la realidad y a sí mismo. Cfr. Zubiri, X. *El hombre y la verdad*. *Op. Cit.* 12 p.

este escrito—, en las líneas siguientes se estudian tres de estos elementos estructurantes de la realidad jurídica: el fundamento, el título y la finalidad.

2.1.3.3. LA INTELECCIÓN DEL FUNDAMENTO Y DEL TÍTULO DEL DERECHO Y SU IMPORTANCIA PARA SU REALIZACIÓN EFECTIVA A TRAVÉS DE LA SENTENCIA

El funcionario judicial para administrar justicia rectamente, precisa saber, no solamente que existen cosas como la vida, la integridad personal, la familia, la educación, y otros tantos bienes —que los hombres llaman *sus derechos*—, sino también que lo son, en virtud de la realidad misma de la persona que —por ser lo que *es*—, tiene el dominio de sus actos, obra por sí y garantiza por sí mismo su permanencia en el ser¹⁹⁰. La persona es *sujeto* de derechos por cuanto es el único ser suyo, esto es, un ser que es dueño de sí y, por extensión y transferencia, capaz de realizar y tener cosas suyas, tales como sus propios actos —en el caso de realizar— y objetos —en el caso de tener y poseer—.

Todo derecho tiene un título y un titular que están precedidos, a su vez, por un fundamento. Sin dicho fundamento, el titular no tendría la posibilidad para poseer ningún título y, por ende, ningún derecho. Ese fundamento remite en un nivel profundo a la condición personal del ser humano. El ser humano es un ser poseedor en tal grado del ser, que es capaz de ser señor de sí mismo y dominar su entorno¹⁹¹. Hay, por tanto, una índole dominadora en la realidad personal del ser humano que funda la atribución de derechos¹⁹². El titular de un derecho lo es por el hecho de ser persona¹⁹³.

¹⁹⁰ Vid. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 29, art 1.

¹⁹¹ Tomás de Aquino. S.T. II parte, prólogo.

¹⁹² Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. 233 p.

¹⁹³ La indagación sobre la realidad del ser humano, ha llevado a la antropología filosófica a referirse a él, no como un “algo”, sino como un “alguien”; no como un “qué”, sino como un “quién”. Hacia la década de los setenta del siglo pasado, el filósofo español Xavier Zubiri hizo importantes aportaciones a este esfuerzo por inteligir la realidad propia del ser humano. Al introducir en el vocabulario filosófico el concepto de sustantividad, Zubiri enfatiza en la singularidad característica de la condición personal del hombre, lo cual le permite diferenciar en él, su *personidad* y su *personalidad*. La primera, constituida por lo más profundamente ontológico, por el *ser*; la segunda, referida al actuar humano. Con esto, el filósofo español distingue el nivel ontológico del operativo en el hombre, sin crear dicotomía entre ellos. En la tradición filosófica

Sin la referencia a la realidad personal del ser humano, todo el actual interés por la defensa y protección de los derechos –especialmente de aquellos que se adjetivan como “humanos”– corre el peligro de caer en el vacío, a causa de la relativización de su fundamento, lo cual dificulta la consecución de decisiones judiciales en donde dichos derechos sean

clásica, el vocablo *persona* recoge esa realidad que nombra lo propio de cada hombre y que no cambia en el transcurso de la vida humana; lo que cambia y se va modelando en el transcurso de la vida es la personalidad, cuyo soporte es el ser personal. Zubiri, para mostrar las diferencias sustanciales entre el hombre y el animal, pone de presente cómo la persona despliega su vida como una sustantividad en propiedad, esto es, indiviso en sí y con capacidad de autoposición, gracias a su inteligencia, a partir de lo cual va construyendo la propia personalidad como expresión y desarrollo de la totalidad de su ser. Vid. Zubiri, Xavier. *Siete ensayos de antropología filosófica*. Edición preparada por Germán Marquín A. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1982, 70 p. Esta condición personal, individual, propia de todos los seres humanos, tiene importantes implicaciones jurídicas. Por ejemplo, lleva a predicar la igualdad ontológica entre los hombres: aún con las mayores diferencias en su personalidad –que es desarrollo de ese ser persona–, todos los seres humanos tenemos idénticos derechos que se desprenden de nuestra realidad personal y que son inviolables. Esos derechos no son algo de lo que se pueda disponer por voluntad de un legislador ni de un juez: como personas, todos los hombres somos absolutamente iguales en perfección y dignidad, desde el momento de la concepción hasta el momento de la muerte. Por eso, hablar de personalidad, y de libre desarrollo de la misma, sin el referente a la persona, es trasegar por un camino en el que, la ausencia de fundamentación, puede llevar a posiciones contradictorias en el ámbito judicial. Esto último es lo que ha sucedido con algunos fallos de la Corte Constitucional Colombiana. En el marco de limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, en la sentencia T-307 de 1994, al abordar una tutela instaurada por unos contra la institución educativa donde adelantaban sus estudios nocturnos, por considerar violados sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad dado que se les obligaba a asistir a clases con uniforme cuando debían trabajar durante el día, so pena de impedirse su acceso a clase como sanción disciplinaria, el alto tribunal negó las pretensiones al considerar que imponer la obligación, en este caso la de llevar uniforme, no genera violación alguna al libre desarrollo de su personalidad, por cuanto las disposiciones que se pueden y deben expedir sobre algunas materias –como el uso de uniforme– aseguran un régimen disciplinario que contribuye a la prosperidad general. En este caso, la disciplina de la institución consagrada en el manual de convivencia, fue considerada un límite a la libertad de los estudiantes, mientras que en otros no, como acontecido en sentencias T-442 de 1998 o la T-694 de 2002, entre otras; en estas providencias, la tendencia es a considerar que los reglamentos estudiantiles no pueden atentar contra el libre desarrollo de la personalidad y, por ende, no pueden restringir el largo del cabello, la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, puesto que hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás.

garantizados de manera efectiva. Solamente a partir del reconocimiento de lo que encierra la condición personal del hombre, es posible hablar de derechos inherentes e inalienables, los cuales deben ser respetados en todo tiempo y lugar¹⁹⁴. El respeto por esa condición personal del ser humano es, por tanto, el soporte auténtico de la actividad judicial en un Estado¹⁹⁵.

La persona, por su específica condición, es el único ser capaz de ser principio de sus propias acciones y de llamar a las cosas “suyas”¹⁹⁶. Romper en la decisión judicial la relación ontológica que existe entre el ser personal y los derechos, constituye no solamente un grave error lógico –se incurre en una petición de principio–, sino que, como consecuencia de ello, se derivan factores desarticuladores para la vida social¹⁹⁷. Respecto de ciertas realidades como la vida, la integridad personal, la familia –entre otras–, esta relación ontológica es muy sólida y, por eso, los jueces han de tener especial cuidado y velar prudentemente por la rectitud de su juicio, cuando tengan que decidir sobre ellas¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Tomás de Aquino, S. T. I-II, q. 82, art. 1, ad. 3.

¹⁹⁵ A partir de estas consideraciones, se facilita el acercarse a la intelección de la noción de dignidad humana como fundamento y origen de derechos, hoy recurrentemente invocada por la jurisprudencia, pero, a la vez, fácilmente reducida a la racionalidad, o a la libertad: el hombre expresa su especial dignidad en estas potencias superiores, pero ellas no son el constitutivo de la misma. Cuando se habla algo digno, se alude a su nobleza, su bondad, su eminencia y sublimidad; y es de la persona humana de la que se predica dicha dignidad, por cuanto posee una entidad superior que corresponde a lo absoluto, esto es, a una grandeza que lo hace valioso en sí mismo, sobre la que se asienta la inteligencia y la libertad. Vid. Melendo, Tomás. “Metafísica de la dignidad humana”. En *revista anuario filosófico*, Pamplona, vol. 27, Número 1, 1994, p.15-34.

¹⁹⁶ Vid. Pieper, Joseph. *Las virtudes fundamentales*. Madrid: Rialp, 1998, 90 p.

¹⁹⁷ Vid. Horta, Edwin. “La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana... Consecuencias de su desconocimiento o negación”. En: *Revista Dikaioin*, Bogotá: Universidad de la Sabana, vol. 2. 1988. 50 p.

¹⁹⁸ Por su ser personal, el ser humano está capacitado para ser protagonista de su vida. Por eso, a diferencia de los animales, la persona realiza su vida de manera biográfica; esta es la manera propia del ser humano de permanecer en el ser. Esta capacidad de autodomínio del hombre, se expresa también en que puede sujetar cosas, tenerlas como suyas; y con dicha apropiación engrandece su propio dominio sobre sí. Precisamente, al dominio sobre las cosas se les llama “derecho” –como ya se ha señalado–. Quitarle a una persona algo sobre lo que tiene dominio legítimo –algo suyo– genera un desorden en las relaciones humanas, por cuanto se desconoce a una persona el dominio legítimo que tiene sobre sus cosas. El juez es quien, institucionalmente, está investido con la potestad de reivindicar el derecho a quien le ha sido arrebatado; por eso, está llamado a ser el jurista por excelencia. Vid. *Ibíd.* pp. 46.

Además de conocer este fundamento, quien juzga jurídicamente ha de saber que los derechos son atribuidos por alguien, en razón de algo y a través de algún tipo de medio¹⁹⁹. Este acto de atribución es el que hace que el derecho exista. Por eso, la decisión judicial no consiste en un mero acto discrecional en el que se pueda hacer abstracción de aquello que le precede, a saber, la existencia del derecho en cabeza de alguien que es su titular²⁰⁰. Es precisamente esta preexistencia del derecho, lo que faculta al titular para exigir su respeto y para que, en caso de que le sea vulnerado, poder acudir a la jurisdicción para que el juez, mediante una sentencia, lo realice de manera efectiva y restablezca el orden violado; este orden surge, precisamente, en virtud del acto de adjudicación²⁰¹.

El positivismo jurídico cerró la posibilidad de hablar de acto de atribución distinto a la voluntad humana, bien por la vía de un legislador, bien por la vía de las costumbres sociales²⁰². Sin embargo, la importancia que han cobrado los derechos humanos en las últimas décadas, y su consideración como inherentes a todos los seres humanos sin distingos de nacionalidad, sexo, raza, religión, o cualquiera otra condición, ha llevado a considerar nuevamente la existencia de un título de derechos que supere el ámbito de la voluntad humana o de las conveniencias políticas²⁰³.

¹⁹⁹ La filosofía ha llamado a este momento originante del derecho, causa eficiente. Vid. Millán Puelles, Antonio. *Léxico filosófico. Voz "causa"*, Madrid: Rialp, 1984, 88 p.

²⁰⁰ Este hecho está a la base del debate contemporáneo sobre el modelo de función judicial entre Herbert Hart y Ronald Dworkin; el primero, producto de su talante analítico y positivista, con su énfasis en la discrecionalidad judicial ante casos de difícil solución; el segundo, con su abierto rechazo a dicha discrecionalidad, al afirmar la preexistencia del derecho enunciado en los principios. Vid. Hart, Herbert. *El concepto de Derecho. Op. Cit.* pp. 153 ss; Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio. Op. Cit.* pp. 45 ss.

²⁰¹ Aristóteles señala que la causa eficiente es principio de orden, aspecto de particular importancia en el campo jurídico por cuanto esta atribución del derecho es fundamental para el orden personal y social. Vid. Aristóteles. *La metafísica*, Libro I, cap. III.

²⁰² Miguel Reale considera que Rudolf Stammler hizo un esfuerzo por superar la laguna dejada por el pensamiento kantiano en el campo del derecho –al dejar de considerar las condiciones a priori de carácter no opcional– definiéndolo como norma de cultura. Con ello, establece un sustrato sociológico para la norma. Reale, Miguel. *O Direito como experiência*. Sao Paulo: Saraiva, 1968, 19 p.

²⁰³ Si bien es cierto que los derechos humanos están con frecuencia contemplados en la ley y son garantizados por ella a través de normas internas de los países o de tratados internacionales de origen positivo, sus características de universalidad e inalienabilidad remiten a una fuente y fundamento de los mismos que supera los límites de las fuentes positivas de los derechos. La conferencia sobre derechos humanos celebrada en Viena

Ese título originario de derechos es también la realidad personal del ser humano, ya no vista en cuanto basamento o cimiento de todo derecho, sino en tanto causa particular de atribución de derechos de manera originaria y fundante²⁰⁴. En tanto que el ser humano es persona, cuenta con derechos suyos de manera *fundamental*, es decir, que los *derechos fundamentales* son tales, por cuanto ellos se soportan, precisamente, en la condición de persona del ser humano²⁰⁵. La persona tiene cosas que llama suyas, por ser predicables y adecuadas a ella, es decir, es titular de cosas que dimanar de su propia realidad personal, que son inherentes a su dignidad: derechos sobre su propio ser y libertades en orden a su desarrollo y a su vida. Estas cosas son verdaderos derechos, pues tienen un titular a quien le son debidas²⁰⁶. No hay aquí salto indebido entre *ser* y *deber ser* y, por ende, no existe falacia alguna, por cuanto no se habla del derecho en términos de norma, sino de lo “debido a alguien en cuanto suyo”, lo que se corresponde a un hecho real:

en 1993, dispuso la obligación que tienen todos los Estados, con independencia de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de proteger dichos derechos, sobre la base de que le pertenecen a todas las personas, lo cual, lleva a la consideración de que es la propia persona su fuente y fundamento. Por eso, la legislación positiva no crea esos derechos, ni los establece, sino que los reconoce. Es por ello que la Constitución Política de Colombia, artículo 5, dice: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. Allí se habla de “reconocer”, lo cual indica claramente la aceptación de la preexistencia de dichos derechos.

²⁰⁴ Hoyos, Ilva. *Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista*. Op. Cit. 40 p.

²⁰⁵ Esto contribuye a superar la tendencia a distinguir los derechos fundamentales de los derechos humanos, como si uno y otro tuvieran distinta naturaleza y origen. Los derechos humanos son los derechos fundamentales. Sobre el particular escribe Gonzalo Aguilar Cavallo: “El uso del concepto derechos fundamentales en el ámbito internacional no se refiere a la idea de derecho positivados, sino más bien, en estos casos, el concepto es usado como sinónimo de derechos humanos, y, en ocasiones, para denotar una especial fuerza jerárquica entre derechos humanos que se consideran inderogables e intrasgredibles. En todo caso, El concepto de Derecho fundamental sí es admitido en el ámbito internacional, lo cual desvanece la idea de que derechos fundamentales es un concepto de uso exclusivo del derecho constitucional, y que este concepto significa sólo derechos humanos positivados en la Constitución”. Aguilar, Gonzalo. “Derechos fundamentales-derechos humanos: ¿una distinción válida en el siglo XXI?” En: *UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, número 127, enero-abril de 2010, 70 p.

²⁰⁶ Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 519-521.

que el hombre tiene cosas que le son debidas por el hecho de ser persona y, cuya negación, ha tenido consecuencias históricas no deseadas²⁰⁷.

Lo anterior significa que el ejercicio de la función judicial exige no solamente del conocimiento de lo que es el derecho, sino también de lo que es la realidad personal del ser humano, por cuanto ella es fundamento y origen de derechos –de los que se predica ser inherentes a la persona²⁰⁸– que se

²⁰⁷ Autores como Kalinovsky, Sergio Cota, Javier Hervada, Carlos Massini y John Finnis –discípulo de Herbert Hart–, entre otros, han demostrado la inexistencia de la llamada “falacia iusnaturalista”. Desde Hume, que en el tratado de la naturaleza humana se sorprende de que los tratados de ética empiecen hablando de la naturaleza humana y, de pronto, empiecen a hablar de lo que el hombre debe hacer, considerando ese hecho como falta de rigor racional por cuanto de meras afirmaciones descriptivas no es posible inferir afirmaciones deónticas, de deber, la afirmación de la existencia de dicha supuesta falacia ha sido recurrente, por lo menos en un sector de la Teoría del Derecho. Pero, según los precitados autores, la verdad es que la filosofía clásica no incurrió en tal falacia. Siguiendo una vía inductiva, esta filosofía parte de una evidencia: lo bueno ha de hacerse y lo malo evitarse. Evidente significa que su verdad es captada directamente por el entendimiento: en cuanto se comprenden los términos de la proposición, de inmediato se capta su verdad y, por ende, allí no hay lugar a mentira. Esta verdad, no necesita ningún tipo de defensa dialéctica, toda vez que la capacidad intelectual la capta de inmediato. Si bien no se trata de un principio contenuístico, todo razonamiento de orden práctico depende de él. Ahora bien, hay unos bienes humanos a los cuales el hombre tiende por su propia condición humana, como la conservación de su vida, la procreación, la vida social, el conocimiento de las cosas, que constituyen bienes básicos en donde se realiza ese principio evidente de razón práctica. Todo esto es conocido por evidencia y *no* por inferencia lógica; si ello es así, no hay falacia, puesto que toda falacia es de orden lógico. La naturaleza racional del hombre le da la posibilidad de moverse sabiendo por qué y para qué obra, esto es, tiene razones para el obrar y esas razones no están allende de la realidad que encierra estos bienes humanos que, por ende, justifican su acción. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 91, art. 2c y q. 94, art. 2.

²⁰⁸ Dentro de estos derechos inherentes a la persona la filosofía clásica distinguió entre algunos que son primarios, esto es, aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y que son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana; y otros llamados derechos derivados, que son aquellos que dimanen de la naturaleza humana en relación a situaciones creadas por el hombre. Son derechos primarios; *a)* los bienes que forman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; *b)* las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; *c)* los bienes que son el objeto de esas operaciones. La medida del derecho es natural siempre que la igualdad entre las cosas o las personas y las cosas venga determinada por baremos objetivos y no por estimaciones de carácter subjetivo. Los baremos objetivos son fundamentalmente: la finalidad, la cantidad, la relación y el tiempo. Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. Cit. pp. 82-85 y 97 y ss.

constituyen en soporte para la ulterior atribución que se hace por parte de la voluntad humana²⁰⁹. Cuando en la atribución que hace el hombre –positiva– se desconocen los derechos fundamentales de las personas –fundamentales en el sentido aquí expuesto–, se desplaza la atribución del orden del ser –que es un orden primero y fundante–, al orden del operar –que es un orden segundo y derivado–. Esta exclusión de lo real lleva a la misma negación del ser personal del hombre y del derecho como algo suyo y, en consecuencia,

²⁰⁹ Esto exige para el administrador de justicia, ir más allá de la inmediatez de las circunstancias espacio-temporales sobre las que se establecen deberes de comportamiento. La antropología filosófica, particularmente a partir de la noción boeciana de persona como “substancia individual de naturaleza racional”, ha estudiado con profundidad esta realidad del hombre como persona. El conocimiento de aspectos como el de la singularidad de cada ser humano, que permite predicar de él la unidad en sí mismo, su irrepetibilidad, su diferencia y diversidad; de su condición no accidental que le da la posibilidad de ser *sujeto*, esto es, alguien con capacidad de tenerse a sí mismo y de tener cosas distintas de él; de su dimensión social e histórica que lo lanzan al compromiso con el otro, entre muchos otros aspectos, son básicos a la hora de dirimir situaciones jurídicas a través de un fallo judicial; el hablar de la *persona* en el ámbito de lo jurídico, exige comprender esa totalidad que encierra la condición humana, en donde confluyen múltiples dimensiones, a través de cuya vivencia cada persona le da identidad a su vida. Por eso, si bien los individuos pueden coincidir en cuanto a las facultades que les han sido otorgadas por su propia naturaleza, sin embargo, nunca se podrá encontrar dos personas iguales: *persona* indica una realidad individual que, en el devenir de la propia historia, va construyendo la propia historia. En virtud de esta realidad, Tomás de Aquino habla de la persona como *subsistens*. Con el empleo de este término, el Aquinate pone el acento en su ser participado, en la *incomunicabilidad de la persona* y a la vez, en su carácter social y comunitario, todo lo cual hace parte de su especial excelencia o dignidad, que encierra una totalidad. Es por ello que cualquier reducción de la persona, ya sea a su libertad, racionalidad, materialidad, o la negación de su existencia en cualquiera de las etapas de su vida –como aquella en la que está en el vientre materno–, producto de tendencias materialistas, libertarias, utilitarias, psicologistas o existencialistas, constituye una afrenta contra la especial excelencia que su ser encierra. El pretermittir en el campo jurídico las reflexiones que esta área del conocimiento ha hecho sobre la persona, tiene como riesgo la carencia de un fundamento a partir del cual se hagan las ulteriores inferencias en el proceso argumentativo, con lo cual éste resulta viciado. Vid. Boecio, Manlio. Segundo comentario a la Isagogé. Libro II, Cap. 7. Cit. Culletó, Alfredo en: tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia), Ricardo de San Víctor (existencia) y Escoto (incomunicabilidad), *Op. Cit.* pp. 59-71; Lobato, Abelardo. *El hombre en cuerpo y alma*, volumen I, tratado III, EDICEP, 1994, Valencia, España; Guarín, E. “Persona y realización efectiva de los derechos”, En: revista IUSTA número 38, Universidad Santo Tomás, Bogotá, enero-junio de 2013, pp. 134 y ss.

deja sin contenido fundamental los derechos que se pretendían reconocer mediante ese título.

Aunado al título de atribución de derechos originario al cual se ha aludido, y que emerge de la propia realidad personal del hombre, se encuentra el que es producto de la voluntad humana. Así como la persona es sujeto de atribuciones constitutivas de derechos, está facultada para atribuir cosas a otras personas a través de la realización de actos humanos. Éstos últimos son los títulos positivos, cuyo nombre designa lo que proviene del concierto y de la voluntad de los hombres²¹⁰. Cuando se habla de derecho positivo, se alude a aquel cuyo título y cuya medida proceden de la voluntad y el arte humanos²¹¹. Así, los títulos positivos son producto del despliegue de actos humanos y su conformidad con el respeto por la persona y los derechos que le son inherentes marca el criterio para determinar lo justo de dicha fuente de atribución, así como el criterio para juzgar la corrección de las decisiones de los jueces, tal como se ha indicado²¹².

²¹⁰ La ley positiva se caracteriza por ser “no necesaria”, esto es, que en su adopción intervienen varias posibilidades, entre ellas la decisión política o la elección de un legislador. Quienes tienen el poder de dar las leyes positivas no están exentos de caer en el desorden de crear leyes positivas que vayan en contra de aquellos derechos que tienen como título la propia realidad personal del hombre. Tales leyes provocan en la sociedad un proceso de involución respecto de los fines sociales, siendo principio y cauce de degradación de la vida social. La ley positiva contraria a la persona carece de fuerza y naturaleza de ley, siendo un simple dictado de la prepotencia del gobernante. Carecer de fuerza de ley significa que no vincula al hombre como persona y sólo se impone por la fuerza de la coacción y ante ella el hombre puede resistirse pasiva o activamente mediante la desobediencia civil o el derecho a la resistencia, según se trate de un estado de derecho o de un estado que no es de derecho, según la distinción hecha por Arthur Kaufmann. Vid. Kaufmann, A. *Filosofía del Derecho*. *Op. Cit.* pp. 377 y ss.

²¹¹ Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. *Op. Cit.* pp. 173-178.

²¹² La atribución positiva es originada y fundada, por ser el producto de la voluntad humana. Esto significa –en términos de la profesora Ilva M. Hoyos– que: “a) si la causa constitutiva en la atribución originada y fundada es la voluntad humana, por ella misma el derecho positivo puede dejar de existir; b) la atribución originada y fundada es posible porque la persona tiene la facultad de hacer atribuciones jurídicas, es decir, que está limitada y determinada por la estructura óptica de la persona; c) la persona humana es el criterio al que siempre se deberá recurrir para valorar la juridicidad de una ley o de una institución”. Hoyos, Ilva. *Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista*. *Op. Cit.* 41 p.

Así pues, los títulos positivos están subordinados al respeto por la persona. Ellos son verdaderos títulos, y el juez debe conocerlos, pues tienen la virtud de atribuir las cosas y, por tanto, dan origen a derechos: hacen suyas las cosas respecto de su titular, generando la correspondiente deuda de justicia o *debitum* jurídico²¹³. Empero, dichos títulos –que tienen la característica de la obligatoriedad–, pierden fuerza vinculante cuando se convierten en una afrenta contra la persona²¹⁴. En esos casos, la función judicial se constituye en el medio idóneo para hacer efectivos los derechos²¹⁵.

²¹³ Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. Cit. pp. 108-109.

²¹⁴ Como señala Hervada, la norma jurídica es la regla o medida del derecho, de lo justo, la cosa justa. A la norma se le llama derecho análogamente, por traslación del lenguaje. Lo que debe caracterizar la norma es su relación con el derecho. Toda norma jurídica es prescripción obligatoria pero no siempre imperativa, o sea, emanada del poder supremo. La norma jurídica es obligatoria porque obliga con deber de justicia. Ibid. pp. 117-121.

²¹⁵ Existe actualmente una controversia en torno al tema de la decisión judicial como fuente de derechos. El tema se ha vuelto especialmente importante por la amplia atribución de funciones que tienen las cortes constitucionales en el mundo que, en su tarea de interpretar la Constitución, se han puesto al nivel de los legisladores, llegando, incluso, a modificar los textos que contienen las leyes, cuando les consideran contrarios a la Constitución. La cuestión es compleja porque, si bien es cierto que la historia muestra en algunos de sus momentos la existencia de la arbitrariedad legal en donde los jueces han sido importantes como freno de las mismas, no lo es menos que dejar en manos de unos pocos funcionarios algunas decisiones de trascendencia social que tienen que ver con el origen y ejercicio de derechos, no solamente puede ir en contravía de la democracia, sino que puede convertirse en una mayor arbitrariedad. Sobre este punto cabe advertir –como se ha señalado– que lo jurídico está constituido por las cosas que son de alguien y que se concreta en la relación real que tiene un ser personal con sus cosas dentro del marco general de las relaciones interpersonales. Por ende, el derecho no es, en estricto sentido, lo que establece una costumbre, una ley o una jurisprudencia. Aunque todo ello tenga que ver con el mundo jurídico, estas relaciones de conducta no son lo que especifica lo jurídico, tal como se ha venido indicando a lo largo de este escrito. Un juez puede imperar una conducta en el orden de lo jurídico, pero tal inscripción no tiene carácter de fundamento del derecho. En otras palabras, no es suficiente razón que algo esté mandado o dispuesto a hacerse de una determinada manera por el juez, para que ese algo sea realmente jurídico, por el simple hecho de haber sido mandado por él, así su fuente sea el tribunal constitucional; una decisión judicial no puede sustituir la realidad de la existencia de la persona y la relación que ella establece con sus cosas en el marco de la vida social. El orden de una sentencia que no da cuenta de la realidad del derecho es, apenas, orden aparente, formal, pero no material y, por ende, contrario a la naturaleza social que tiene el Estado Social de Derecho, que encuentra en la materialización de los derechos, una de sus notas características más importantes.

Si bien la inspiración positivista busca “dispensar al jurista de aventurarse en los dominios inciertos de los juicios de valor y de las cuestiones de fundamento y de fin”²¹⁶, la causa por la cual la persona tiene cosas suyas, deriva de su misma existencia y constitución particular como ser personal, y todo acto de atribución de derechos por parte del hombre, así como toda disposición judicial por ser posteriores –actos segundos– han de estar en consonancia con esa realidad primera. El reconocimiento de la preexistencia de la persona y de los derechos que le son inherentes por parte de las distintas legislaciones y por la reflexión actual de la Filosofía y la Teoría del Derecho, pone de presente que ella es el fundamento y origen primero de lo jurídico y, por ende, todo fallo judicial ha de conformarse con dicho fundamento si quiere cumplir con su finalidad: hacer del derecho de cada uno algo real, concreto, materializado, no como un “ideal”, que valdría la pena alcanzar, sino como un imperativo propio de su función, cuyo cumplimiento es necesario para garantizar la convivencia pacífica.

La observancia y respeto de los derechos que tienen su título de atribución en la propia realidad personal del ser humano, tiene por tanto relevancia, tanto para determinar la decisión correcta en los casos de difícil solución, como para el juicio que se hace sobre la legitimidad de los títulos positivos²¹⁷. Respecto de lo primero, es necesario recordar que un juez tiene que decidir los casos que se presentan a su juicio, así éstos representen especial complejidad por la ausencia de norma, por la existencia de antinomias, por la variedad de interpretaciones de las mismas, o por la incertidumbre respecto de los hechos; en esos casos, si bien existe un cierto poder discrecional del juez para decidir, ello no significa en modo alguna que pueda desligarse de su función de administrar justicia rectamente; de allí que dicho poder discrecional esté condicionado a límites de carácter sustancial, y entre ellos el más importante es el respeto por la dignidad que se desprende de la realidad personal del ser humano, fundamento y causa originaria de derechos²¹⁸.

²¹⁶ Batiffol, Henri. *Filosofía del Derecho*. Op. Cit. 15 p.

²¹⁷ Allí la función judicial es un elemento clave para crear las condiciones que posibilitan la consecución del derecho y, por esa vía, la consecución del bien común, aspecto sobre el que se volverá en un acápite posterior. Vid. Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1984, 155 p. Cit. Massini, Carlos. *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot 1994, 132 p.

²¹⁸ A este límite sustancial se suman otros procesales como la exigencia de imparcialidad, de motivación del fallo, de coherencia y congruencia del mismo, etc. La legitimidad

Respecto de la legitimidad de los títulos positivos, Arthur Kaufmann señala que es importante y necesario realizar un juicio sobre dicha legitimidad cuando esos títulos no garanticen a cada quien aquello que le corresponde como persona²¹⁹. Por ende, si bien los jueces están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, y deben atender a los precedentes judiciales, sin embargo su primer compromiso –el que se desprende de la naturaleza misma de su función– es con la realización efectiva de los derechos, razón por la cual, han de tener la prudencia que se exige en aquellos casos en los que se haga necesario hacer ceder el título positivo para garantizar aquellos derechos que tienen su causa en la propia realidad personal del ser humano.

2.1.3.4. EL PRINCIPIO DE FINALIDAD Y SU CONCRECIÓN EN LA REALIDAD JURÍDICA

La inteligencia humana está facultada, no solamente para darse cuenta de que las cosas son, sino que son para algo, y ese algo –para lo que son las cosas– corresponde, en primer lugar, a aquello para lo que son aptas, lo cual constituye el fin que les es propio. En virtud de este principio, conocido en la filosofía clásica como el “*principio de finalidad de los seres*”, se puede constatar que todo está destinado a su operación, y todo lo que se realiza es con vistas a un fin²²⁰. La finalidad es, por tanto, un efecto, bien del orden presente en la naturaleza, bien de la voluntad del hombre que con su inteligencia capta la realidad y, a partir de dicha captación, ordena su obrar hacia un fin²²¹.

de una decisión no se puede medir solamente por el acatamiento de estos límites procesales. La búsqueda de la respuesta jurídicamente correcta exige responder a la *quaestio iuris*, esto es, a la cuestión por el derecho, que no es la cuestión por la norma o la costumbre, sino por lo que es de cada uno. Cfr. Iglesias V, Marisa. *El problema de la discreción judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, pp. 26-28; Colomer Hernández, Ignacio. “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo”. En: *revista de derecho procesal número 1-3*, Madrid, 2001, pp. 85 y ss.

²¹⁹ Kaufmann, A. *Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 389.

²²⁰ Una formulación precisa del principio de finalidad se halla en la Física de Aristóteles I, II, cap. 6, en donde se afirma que todo agente obra mirando un fin, idea igualmente contenida en varios apartes del libro III de la Metafísica y de la Política, especialmente del libro I.

²²¹ Recuerda Tomás de Aquino que hay una finalidad interna de los agentes naturales y una externa que permite a los seres superiores, a aquellos dotados de inteligencia y

La afirmación de la existencia de la finalidad en la realidad, está en relación directa con el orden de las cosas. De allí que la tradición filosófica clásica hiciera uso del concepto de *eucosmia*, para indicar que todo existe para algo. La realización de esa finalidad representa un bien para las cosas mismas y para el mantenimiento del orden general²²². Así como diversos son los seres, diversos son los fines²²³. En el caso del ser humano, éste conoce su finalidad y escoge los medios que le han de conducir a la meta conocida como tal. Como afirma Garrigou Lagrange, “la inteligencia es capaz de captar la razón de fin, la razón de ser de los medios que conducen a conseguirlo”²²⁴. Y, así como el fin o razón de ser de quien ejerce la Medicina es devolver la salud al enfermo haciendo uso de los mejores medios para lograrlo, del mismo modo, el juez encuentra su razón de ser en la realización efectiva de los derechos de las personas y tiene en sus manos el mejor medio para alcanzarlo: la sentencia²²⁵.

El lenguaje con que los hombres comúnmente se expresan y comunican, usa expresiones como “buen caballo”, “buen hombre”, “buena cosecha”, “buen carro” etc. Cuando se adjetiva una cosa, animal o ser humano de esta manera, se está indicando una cierta perfección, en cuanto dichas realidades realizan aquello para lo que están hechas, es decir, perfeccionan su ser mediante su acción²²⁶. Por eso, en cuanto perfeccionante, lo bueno representa

voluntad como el hombre, utilizar a los inferiores según aquello para lo cual son aptos. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 44, art. 4, c.

²²² Vid. Aristóteles, *La Política*, libro VII.

²²³ “Hay una finalidad interna de los agentes naturales que obran en el mismo sentido para obtener lo mejor para ellos”. Los animales conocen la cosa que es su fin; si no fuera así, no buscarían su alimento. Pero también los seres presentes en la naturaleza y que carecen de conocimiento, como las plantas y los seres inorgánicos, obran de acuerdo a un orden y tienen una finalidad por cuanto todo tiene una *razón de ser*. Así, pues, en todos los entes existentes opera el principio de finalidad analógicamente. Tomás de Aquino, S.T. I, q. II, art. 3, c.

²²⁴ Garrigou Lagrange, Réginald. *El realismo del principio de finalidad*. Versión castellana de Joaquín Ferrandis, Buenos Aires: Desclee de Brouwer, Buenos Aires, 1949, 85 p.

²²⁵ En la filosofía escolástica se denominó a la inclinación natural humana al fin a partir de la posesión de los primeros principios del obrar, *sindéresis*. Hábito y no potencia innata, que ha de ser especialmente cultivada por los jueces. Cfr. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 79, art. 12.

²²⁶ En la filosofía medieval se distinguía entre el *bonum simpliciter*, esto es, la posesión de la perfección que le corresponde a cada ser: buen carro, buen vino, buen caballo, bueno hombre; y el *bonum secundum quid*: desde cierto punto de vista. Por ejemplo,

algo deseable, ya sea por lo que éste da en sí mismo, ya sea por una utilidad posterior²²⁷. Sea lo uno o lo otro, lo cierto es que lo *bueno* refiere –en este sentido– al cumplimiento del fin, del “para qué” de la cosa²²⁸.

Al estudiar el derecho como objeto formal de la capacidad intelectual del juez, se indicó que éste corresponde a “lo suyo”, “lo justo”, “lo debido”. A partir de allí, dicha facultad intelectual puede captar la razón de ser o finalidad de esa realidad jurídica, que consiste en aquello hacia lo cual se dirige o para lo cual existe. El fin es un efecto que es proporcionado a la realidad de la cual se desprende y representa para ella, la perfección a la que tiende, una realidad “última y excelente”²²⁹. Esta finalidad o razón de ser de la realidad del derecho reside en que esté ordenado a su titular y que éste pueda ejercer sobre él pleno dominio. Si el derecho es lo debido, su razón de ser es que sea dado a su titular, con lo cual se realiza el orden relacional existente entre la persona, sus derechos y los otros. El medio que institucionalmente se ha establecido para que esto se dé, es la decisión judicial que tiene en la sentencia su momento ejecutivo –tal como se estudiará en el último capítulo de esta segunda parte–, emitida por quien tiene a su cargo la administración de justicia al interior del Estado. Por eso, existe un vínculo inescindible entre la finalidad del derecho y la finalidad de la decisión judicial: el derecho existe para estar en manos de su titular, y el juez existe para que ello se realice²³⁰.

los muebles de madera son buenos muebles según su durabilidad. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I q. 5, art. 1, ad 1.

²²⁷ Por eso, el primer principio del obrar que enseña que hay que hacer el bien y evitar el mal, supone el dar valor real y la consideración de la necesidad del principio de finalidad.

²²⁸ La realización del fin representa un bien, una perfección para las cosas; este bien es alcanzado mediante la operación por la que se pasa de la potencia al acto. Vid. Cardona Carlos. *La metafísica de la opción intelectual*. Op. Cit. pp. 15.

²²⁹ Garrigou Lagrange, Réginald. *El realismo del principio de finalidad*. Op. Cit. pp. 93.

²³⁰ Que los oídos son *para* oír y los ojos *para* ver, y que, de la misma manera, todas las cosas tienen una finalidad, es algo que no necesita demostración: la realidad nos muestra que todo agente –con conciencia o sin ella–, obra por un fin. Esta evidencia llevó a Aristóteles a afirmar que la naturaleza no hace mezquino, sino para algo. Para el Estagirita, conocer la finalidad de las cosas es fundamental en toda investigación, puesto que, por la vía de la comprensión de dicha finalidad, es posible acercarse a lo que ellas son. Así, ser y razón de ser –causa formal y causa final– están estrechamente vinculados en el realismo clásico. Cfr. Aristóteles, La política, Libro I, cap. II.

Actualmente, en el ámbito jurídico hay una tendencia a enfatizar más en la causa eficiente que en la causa final²³¹. Ello se evidencia, por ejemplo, en la concepción según la cual, una norma jurídica vale, en cuanto tiene un origen determinado²³². También da cuenta de ello el hecho de considerar que una decisión judicial ha de cumplirse, simplemente, en razón de quien la profirió, sin importar la suerte que corren los derechos. Por eso, hoy es frecuente escuchar en el medio académico-jurídico frases como: “lo dijo la Corte”, creyendo que invocando ese argumento de autoridad, por ese hecho, los derechos se han realizado efectivamente cuando, en realidad, ha sucedido lo contrario. También se da el caso de algunos juristas, aunque reconocen la existencia del principio de finalidad, niegan que ello implique una determinada forma de obrar con fundamento en el orden propio del *ser*, reduciéndole, simplemente, a lo que el sujeto individual o colectivo establecen como finalidad. Con base en ello, justifican el que los jueces profieran sentencias que sirven a intereses de diversa índole, que no siempre se corresponden con su razón de ser; aquella que se desprende de la realidad misma del derecho.

No obstante lo anterior, la recurrente referencia que se hace hoy en día a la realización efectiva de los derechos como aquello que se debe alcanzar a través de las decisiones judiciales, es indicador de que la función judicial tiene una razón de ser que le es propia y que, el no atender a ella, genera consecuencias negativas para la vida personal y social. Cuando se habla de que el juez *administra justicia* y que, por ello, tiene la potestad institucional de ejercer jurisdicción, es decir, de “decir el derecho”, se indica con ello que hay una finalidad que se desprende de dicha función, que está por encima de intereses económicos, políticos, sociales o personales.

La actividad judicial, en cuanto humana, puede estar referida a diversos fines como la seguridad, el progreso, el bienestar, la paz, la solidaridad,

²³¹ Como lo señalan Barahona y Torrens, frente a la tendencia a enfatizar en las causas eficientes y materiales de las cosas –propia de un amplio sector de la ciencia moderna–, “la teleología es una herramienta metodológica que permite explicar una variedad de problemas del mundo”. Vid. Barahona, Ana y Torrens Erica, “El telos aristotélico y su influencia en la biología moderna”. En revista *Ludus Vitalis*, volumen XII, número 21, año 204. 164 p.

²³² Llámese norma fundamental, regla de reconocimiento, pacto social, o de cualquier otro modo.

y otras cosas que representan bienes²³³. Empero, *tiene una finalidad que se desprende de la naturaleza misma del derecho*, y que está por encima de cualquiera otra; un fin que constituye su razón de ser y que, al ser alcanzado, plenifica el acto judicial jurídico y, por transferencia, perfecciona al juez que lo realiza. Así, cuando el juez realiza el derecho de quien lo tiene a través de sus providencias, está realizando con ese acto la finalidad propia de su actividad, lo cual, además, resulta plenificante para su propia realidad personal²³⁴.

Desconocer que las decisiones judiciales tienen una finalidad específica y propia, cuyo origen está en la realidad misma del derecho, es tanto como admitir que cualquier propósito que un juez quiera alcanzar con sus fallos tiene valor, lo cual, no solamente contraviene la razón de ser de la sentencia, sino que rompe también de manera violenta con principio de finalidad en general, quedando el acto en el vacío. La filosofía clásica entendió bien esto²³⁵. Por eso, si bien estudiaba por aparte la Lógica, la Filosofía Natural, la Ontología y la Filosofía Práctica, siempre hizo énfasis en los vasos comunicantes que existen entre ellas, partiendo de lo más evidente hasta elevarse a lo más abstracto²³⁶. El principio de finalidad existe y está en la realidad de las cosas; en el caso del derecho, éste existe para que su titular

²³³ Independientemente de que se considere que dichos bienes tienen un fundamento natural o simplemente cultural o social como lo plantea Carlos Cossio. Vid. Cossio, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Losada, S.A., 1944, p. 25-26.

²³⁴ Esto acontece así porque el ser humano se realiza a través de su acción libre en sus diversas dimensiones: comprender, obrar, hacer y comunicar. Vid. Cardenas, Alberto y Guarín, Édgar. *Filosofía y Teoría del Derecho. Op. Cit.* pp. 36 y ss.

²³⁵ Vid. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 2, art. 3.

²³⁶ Por eso, el principio de finalidad de las cosas, está en estrecha relación con los principios de identidad y no contradicción, según los cuales las cosas son algo que nos permite identificarlas, y no pueden ser y no ser a la vez; principios que, como el de finalidad, son universales y necesarios, sin los cuales, el lenguaje carecería de sentido específico y los seres humanos quedaríamos reducidos al silencio por la imposibilidad de comunicarnos. Así pues, esta gnoseología no nace de la *idea* del ente extramental, sino de la evidencia primordial de que las cosas son y de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. No se trata simplemente de pensar que ello es imposible, sino que en la realidad es imposible. De este principio ontológico surge el lógico: “es imposible afirmar y negar el mismo predicado del mismo sujeto bajo el mismo aspecto”. Y de ese ser, se desprende su razón de ser, que puede ser captado por la inteligencia humana. Aristóteles, *La metafísica* I, II.

pueda gozar de él y para que, cuando se haya perdido, los jueces lo hagan efectivo mediante sus providencias.

De este modo, la búsqueda de corrección en las decisiones judiciales exige para el juez, tanto el conocimiento de lo que es el derecho, como el conocimiento de la finalidad que se desprende de su propia realidad. De esta última depende la finalidad y el sentido propios de su función. Si bien es cierto que el rigor en el manejo de los procedimientos lógico-argumentativos es importante para alcanzar dicha corrección, no lo es menos que ellos no son suficientes; se precisa en este campo, por tanto, volver la mirada hacia el *qué* y el *para qué* del derecho, y las repercusiones que ello tiene para la finalidad misma de la decisión judicial; sin ello, la garantía de los derechos y de goce efectivo de los mismos deviene en falseamiento por ausencia del referente de realidad –el derecho– y del principio de finalidad predicable de la sentencia²³⁷.

El paradigma del raciocinio deductivo es el silogismo. En materia de decisión judicial, este modelo silogístico hoy sigue teniendo importancia en aquellos casos que no son especialmente problemáticos. Allí la aplicación de las distintas figuras y modos del silogismo, tanto categóricos (Barbara, Celarente, Darii, Ferio, Cesare, Camestres, Festino, Baroco, etc.), como hipotéticos y disyuntivos (Tollendo Tollens, Ponendo Ponens, Ponendo Tollens y Tollendo Ponens), sigue siendo recurrente y exige su conocimiento y manejo adecuado por parte de los jueces. Cfr. MANS, P. Jaime. *Lógica para juristas*. Op. Cit. p. 92-98

2.1.3.5. LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS: FINALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

La teoría del Derecho contemporánea ha planteado diversos modelos de función judicial que han dejado de lado el modelo silogístico-deductivista y han generado la conciencia de que el juez no es un mero operador de la ley,

²³⁷ Este referente *in re*, permite constatar que el derecho tiene su fundamento en el ser personal, que es un ser en sí mismo y no en otro, como ya se indicó. Si la persona humana no estuviese sustanciada en la ipseidad o mismidad no podría advertir las nociones de despojo, de pérdida o fracaso. La persona humana es conocedora de su dominio y es capaz de ejercerlo con respecto de sí, de los demás y de las cosas. La persona es, por ello mismo, principio de sus propias acciones.

y que su función ha de estar orientada hacia la realización de los derechos²³⁸. ¿Qué significa esta expresión en el ámbito jurídico y, específicamente, en el ámbito de la decisión judicial?

El término *realizar* refiere estrictamente al concepto de *realidad*, y éste, a su vez, refiere a *lo real*, en cuanto *actuado y actualizado*. Esto significa que cuando se habla de realización de algo, si bien se da cuenta de un sujeto que lo ejecuta o actúa, se pone el acento en *algo* que *es* con independencia del sujeto y que, por ende, no debe su existencia a él. En esa línea, explica Germán Marquínez Argote que la palabra *realidad*, desde sus primeros empleos, ha significado lo que una cosa o persona es en verdad, en oposición a la apariencia u opinión de la gente²³⁹. Por ende, si la finalidad de una decisión judicial consiste en “realización”, ello indica que, en dicho acto humano, existe un referente a “*algo real*”, que tiene que ver con la verdad de las cosas y, por ende, es externo al sujeto –en este caso al juez– que conoce dicha realidad –la del derecho– y la hace actual mediante una providencia.

La inteligencia del juez es *informada y fecundada* por la realidad extramental y, por eso, su juicio es *para* su “realización”. Cuando el juez, al proferir la sentencia alcanza esa identidad intencional con la realidad del derecho, entonces su decisión, en cuanto da cuenta de eso que es real, se adjetiva como *realizadora* “*de*”²⁴⁰. En este orden de ideas, la realidad es el

²³⁸ Vid. Zuleta, Hugo. “La fundamentación de las sentencias judiciales, una crítica a la teoría deductivista”. En: *Revista Isonomía*, número 23, octubre de 2005, pp. 59-95.

²³⁹ MARQUÍNEZ, Germán. *Historia de la palabra realidad desde sus orígenes latinos hasta Zubiri*, Bogotá: El Búho, 2006 pp. 7-22-24.

²⁴⁰ Hoy en día, algunos académicos piensan que la verdad se predica de frases y de opiniones producidas por el hombre, pero no de la realidad. Incluso, se piensa que hablar de la “verdad de las cosas” es carente de sentido. La cuestión tiene una especial entidad porque se trata del valor mismo del conocimiento humano cuya raíz está en la comprensión de la *lo real y su verdad*. Esta *verdad real* no es la misma que se predica del conocimiento humano, y su importancia gnoseológica radica en que de ella depende la validez de dicho conocimiento; lo anterior es así, por cuanto, la verdad del entendimiento se predica de la conformidad del entendimiento y la cosa y, por ende, en cierto modo, la verdad es sinónimo de “lo real”, lo cual ello indica que las cosas están de tal forma presentes a la inteligencia, que pueden ser conocidas por ella, en su verdad. Sobre esto ya se ha reflexionado con mayor profundidad cuando se abordó la cuestión sobre el objeto formal de la inteligencia. Y Conviene no olvidar que las cosas existen y son cognoscibles en tanto son verdaderas; si no fuere así, se imposibilitaría el conocimiento. Hay, por tanto, una articulación entre la verdad ontológica, la relación de la verdad con la inteligencia y el conocimiento como su efecto. Ello se desprende de

referente que posibilita entender lo que implica referirse a las providencias judiciales como *realizadoras de derechos*. La adjetivación de una sentencia como correcta o justa, indica que ella da cuenta de la *realidad* del derecho existente en cabeza de un titular.

Este *realizar* implica, entonces, el conocimiento del *primum cognitum* del entendimiento humano y del objeto formal de la inteligencia, a los que se aludió en apartados anteriores, por cuanto no se puede realizar algo que no se conoce. El punto de partida para la decisión del juez es el conocimiento de la realidad jurídica consistente en que las personas tienen cosas a las que llaman sus derechos, y éstos pueden salir de la esfera de dominio de su titular. Cuando esto último acontece, la acción del juez, en cuanto realizadora del derecho, ha de estar orientada a restablecerlo o restituirlo, poniéndolo bajo el dominio del titular, en su calidad de tenedor, poseedor o dueño. Y, cuando se trata de derechos lesionados o eliminados –por ejemplo la vida, la honra, la libertad, etc–, esta realización se plasma en la garantía de respeto de los mismos; el juez, con su decisión en estos casos, hace que la posesión de esos bienes y su disfrute sea real, porque real es su existencia²⁴¹. Nada más contradictorio que una sentencia judicial que conculque derechos; especialmente aquellos inherentes a la propia persona²⁴². El juez que cumple con la finalidad de su acto judicial, entrega, devuelve, restituye y respeta la existencia de aquello que pre-existe a su decisión: el derecho.

textos como el *De Veritate* I, 1, o la *Suma Teológica*, q. 1, art. 3, de Tomás de Aquino. Si las cosas no fueran verdaderas, no serían cognoscibles; esas cosas cognoscibles se ordenan al sujeto cognoscente. Vid. PIEPER, Joseph. “la verdad de las cosas, concepto olvidado”, publicado en la revista *Universitas*, Stuttgart, vol. VII, n.º. 4, 1970.

²⁴¹ Como lo señala J. Hervada, los verbos restituir o restablecer en casos como los de compraventa, en donde a la entrega de la cosa se sigue un vacío en el patrimonio del vendedor, consiste en pagarle el precio. El pago restablece al vendedor en la plena tenencia de su patrimonio. La etimología de restituir, que es *restituere*, indica volver a la posición originaria, lo cual acontece en el caso referido, de la manera indicada. Vid. Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Op. Cit. 148 p.

²⁴² Ciertamente, existen casos en donde hay que entrar a sopesar derechos que entran en conflicto y no siempre será fácil para el juez realizar su tarea; de allí la importancia que tiene la prudencia para el juez –del iurisprudente– que será estudiada en apartado posterior. Por ahora, no sobra advertir que esa prudencia lleva al juez a darse cuenta de la existencia de un orden en el valor de los derechos: la libertad no puede ponerse por encima de la vida humana, como ha acontecido en Colombia. Vid. Sentencia C-355 de 2006, M.P Jaime Araujo Rentería.

Solamente cuando la cosa debida esté en poder de su titular, se podrá hablar de realización del derecho²⁴³. Por eso, cuando se alude a la realización de los derechos, no se refiere con ello a la aplicación de normas, ni al acatamiento de precedentes judiciales, ni al atender a la opinión pública, sino que dicha expresión indica una acción que da cuenta de la relación que se establece entre una cosa, una persona que es su titular o dueño, y otra u otras personas que tienen una obligación de respeto, respecto de lo cual, la norma, el precedente y el hecho social, tienen importancia, pero no constituyen su *ser*²⁴⁴.

La realización de los derechos a través de las providencias judiciales exige también la determinación de su medida, es decir, su delimitación en términos de cuánto, de qué calidad, en qué forma como la cosa es del titular –modo–, las facultades que el titular tiene sobre la misma, sus presupuestos y requisitos de uso, etc. Sin la determinación clara de la medida del derecho se imposibilita satisfacerlo y establecer su correcto uso y ejercicio, sin lo cual no puede haber verdadera realización del mismo. Sobre la medida señala J. Hervada: “La primera tarea que atañe al jurista es identificar y delimitar la cosa que se presenta como derecho. Puede ocurrir que esta tarea no traiga consigo problema especial [...] Pero no siempre la identificación y delimitación del derecho es fácil. Un testamento que divida una herencia –constituida por bienes diversos y múltiples en número y calidad– en partes señaladas sólo numéricamente (v.gr. la mitad a A, un cuarto a B y otro cuarto a C), puede traer consigo no pocos problemas de identificación y delimitación. Reducir un contrato, que el juez estima injusto por desproporción de la prestación de una de las partes (laesio enormis), a sus justas proporciones, presenta sin duda problemas de delimitación del derecho. Son todas ellas cuestiones

²⁴³ Desentrañar el *ser* del derecho es una de las primeras tareas que tiene que realizar un juez; labor, a la vez que compleja –dada su polisemia y plurivalencia–, necesaria. Las diferentes tesis que reducen el derecho a algún fenómeno, hacen que se pierda la integralidad en el conocimiento jurídico, con lo cual se puede llegar a un grado tal de exacerbación de la especulación, que se sacrifica la unidad misma de la realidad jurídica, con la consecuente instrumentalización del derecho que termina puesto al servicio de intereses particulares en los ámbitos social, político o económico. Vid. MACHADO, Alejandro y Guarín, Édgar. “Tras la restauración del puente que une a la teoría de la ciencia con la teoría del general del conocimiento: una propuesta de epistemología jurídica que vincula a la justicia y al derecho”. En revista *Via inveniendi et Iudicandi*, No. 14, Universidad Santo Tomás, Vol 7, 2012.

²⁴⁴ Graneris, Giuseppe. *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho. Op. Cit.* 30 p.

que corresponden al qué y al cuánto del derecho, es decir a su medida. Medida del derecho es también el cómo. Entran aquí dos cosas distintas. Por una parte, cómo es el derecho, esto es, de qué clase o tipo (propiedad, uso, arrendamiento, censo, etc.); por otra parte, la manera de satisfacer el derecho (v. gr. En metálico o en especie) y la manera de usarlo y ejércelo. Asimismo se incluye en la medida del derecho el tiempo o plazo en el que debe entregarse la cosa constitutiva de derecho”²⁴⁵.

Esa realización del derecho ha de ser *efectiva*. Sobre este aspecto se ahondará en un apartado del capítulo tercero cuando se aborde el estudio de la sentencia como momento ejecutivo del acto humano judicialo jurídico. Entretanto, no sobra señalar que el aparato jurisdiccional del Estado es el medio institucional instaurado para lograr tal efectividad, pues, el carácter exigible del derecho por parte de su titular, se materializa gracias a la fuerza que tiene la sentencia del juez, quien maximiza los medios o recursos a fin de que su fallo se dé en un tiempo adecuado y, así, produzca el efecto que se espera. De esta manera, cuando se habla de “efectividad”²⁴⁶ confluyen en ella la eficacia y la eficiencia para *hacer actual algo real* que, en el caso de las providencias judiciales, tal como se ha señalado, es el *derecho*. Si la sentencia no es realización, su capacidad de lograr el efecto que busca o espera, se pierde y, por tanto, no se puede predicar de ella que sea efectiva por falta de eficacia; del mismo modo, si esa realización no se logra oportunamente, tampoco se puede predicar del fallo que sea verdaderamente efectivo por ausencia de eficiencia. La realización efectiva de los derechos entendida como finalidad de la sentencia consiste, pues, en que el juez actualice la realidad del derecho en su legítimo titular de manera oportuna²⁴⁷.

²⁴⁵ Hervada, Javier. Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho. *Op. Cit.* pp. 206-207.

²⁴⁶ La voz “effectivus” refiere a lo que “se hace práctica”. Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino. Barcelona: Spes, 1950.

²⁴⁷ En razón de ello, el acto judicialo jurídico es alteritivo por naturaleza: la inteligencia y la voluntad –como se verá en el siguiente capítulo– tienen por objeto algo que no son ellas mismas. En el caso de la inteligencia es la realidad, cuya posesión le perfecciona y, por tanto, perfecciona al hombre que la pone en acto, en este caso, al juez. Más allá de su intención, el juez que da a la persona lo que le es debido, según una ley de correspondencia que equilibra la vida personal y social. Vid. Breton, Stanislas. *Santo Tomás*. Madrid: Edaf, 1976, 95 p.

Lo expuesto, pone de presente el carácter teórico-práctico de la función judicial. El conocimiento del derecho, no está puesto ante el juez solamente para su contemplación, sino —esencialmente— para su realización²⁴⁸. La valoración concreta del obrar humano que tiene que hacer un juez requiere de conocimientos teóricos, sin los cuales, el acto judicial que realiza, se vicia en su raíz. Dentro de estos conocimientos se han estudiado a lo largo de este capítulo, el ser mismo del derecho, su fundamento, título y finalidad. También se hizo alusión a la medida que permite identificar y delimitar dicho derecho, así como la determinación del tipo al que corresponde y la manera de satisfacerlo, usarlo y ejercerlo, lo cual no siempre es una tarea sencilla de realizar para quien juzga²⁴⁹. Por eso, la aprehensión del derecho y su finalidad por parte del juez exige —por la misma condición de la inteligencia humana—, seguir un camino, un proceso; de allí que la teoría general del conocimiento se ocupe también de la cuestión respecto de la forma racional en que opera la inteligencia humana²⁵⁰. Para acceder a la realidad de lo

²⁴⁸ Martínez, José. *La estructura del conocimiento jurídico*. Pamplona: Navarra, 1963, pp. 16-17.

²⁴⁹ Por esta dificultad especial que supone el acto judicial jurídico, resulta necesario el cultivo de una destreza intelectual llamada *prudencia*, sobre la que se ahondará en un apartado del siguiente capítulo, acentuando en ella como método de deliberación. Si dicha destreza no existe ¿cómo hablar de *juris-prudencia*? Sobre la prudencia como virtud, Gómez Robledo señala que la “*phronesis*” habilita a la razón humana para formular juicios correctos respecto del obrar humano puesto en situación. De allí la estrecha relación existente entre el conocimiento práctico y la prudencia. Por eso, por su relación con los juicios verdaderos respecto del obrar humano, la prudencia fue puesta por Aristóteles dentro de las virtudes intelectuales, considerándole fundamental para determinar los medios que llevan a alcanzar una mayor perfección en el obrar. Vid. Gómez, Antonio. *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*. México: Dianoia, 1957. pp. 28 y 34; Vid. Massini, Carlos. *Filosofía del Derecho: El conocimiento y la interpretación jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrotto, tomo III, 12 p.

²⁵⁰ Por eso, se habla de la naturaleza racional del ser humano. Cuando se habla de *naturaleza de una cosa* se entiende por ello un conjunto de propiedades que se predicán de una realidad, que pueden ser reconocidas por el intelecto como pertenecientes a ella, por cuanto, es a través de ese conjunto de notas que es posible identificar y distinguir una cosa de otra, en su modo de operar o funcionar, de tal manera que dicha naturaleza refiere a su principio de operación. De allí que en la filosofía clásica se afirmara que la naturaleza impulsa a realizar el propio ser. Boecio, en el *Contra Eutiques y Nestorio*, habla de cuatro maneras de referirse a la naturaleza: por una parte referida a las cosas que, como existen, pueden ser aprendidas por el intelecto; otra, referida a aquello que es capaz de actuar o sobre lo cual se puede actuar; también como principio de movimiento *per se* (no accidental) de un ser; finalmente, como diferencia específica

jurídico, el intelecto del juez tiene que ir por partes. La racionalidad como modo de operar de la inteligencia humana, pone de presente la importancia del camino o método que se emplee para conocer²⁵¹. En las líneas que siguen se aborda esta cuestión.

2.1.4. LA RACIONALIDAD: FORMA DE OPERAR DE LA INTELIGENCIA DEL JUEZ EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO

En la búsqueda de la verdad, la facultad intelectual opera procedimentalmente –por partes– a partir de la información dada por los sentidos, hasta “actualizar lo real en tanto real”, que constituye el objeto de la inteligencia, tal como se ha señalado²⁵². A ese operar procedimental se le conoce en la teoría general del conocimiento como racionalidad –“*ratio*”–. Así, en el acto de conocer confluyen, tanto aquello que pertenece a las cosas conocidas, como aquello que es propio de la potencia intelectual del sujeto cognoscente, con su forma propia de operar²⁵³.

que da forma a algo. En este último sentido se toma aquí. Vid. Culletón, Alfredo. *Tres aportes al concepto de persona*. Op. Cit. 60 p.

²⁵¹ La importancia del procedimiento ha hecho que, actualmente, en el campo jurídico se enfatice más en él, que en la realidad misma del derecho. Históricamente esta preeminencia de lo racional sobre lo intelectual tuvo lugar en el momento en el que los juicios sobre lo real se convirtieron en un acto discrecional del hombre, esto es, cuando la denominada verdad ontológica y la denominada verdad lógica fueron sustituidas por la denominada “verdad trascendental”, que es puro inmanentismo del sujeto, en la que la operación del intelecto, el procedimiento, se puso por encima de la realidad de las cosas. Así, con el surgimiento de esta verdad trascendental, se trasladó la inteligibilidad como atributo de la realidad, a ser un atributo del entendimiento. Vid. García Morente, Manuel. *La filosofía de Kant*. Op. Cit. pp. 60 y ss. Empero, más allá de esto, lo importante es el reconocimiento que se hace dentro de los distintos sistemas de pensamiento de que sin alguna clase de verdad el hombre no puede vivir y que se precisa tener un camino para acceder a ella. Como señala Martínez Doral, “un acuerdo, siquiera sea mínimo, sobre cómo son las cosas, un consenso, que se desea ampliamente compartido, sobre lo que es el mundo, el hombre y la existencia, se presenta como absolutamente necesario”. Martínez Doral, José María. *¿Hay una verdad incondicional acerca del hombre?* Conferencia dictada en la Universidad de Navarra, el 5 de octubre de 1975, dentro del ciclo: “la responsabilidad de la iniciativa privada ante la crisis de nuestro tiempo”.

²⁵² Vid. Zubiri, Xavier. *El hombre y la verdad*. Op. Cit. pp. 29.

²⁵³ Los elementos básicos que posibilitan la actividad intelectual humana son, por tanto, lo real, la inteligencia y su forma de operar racionalmente. Como se ha indicado anteriormente, cuando el conocimiento humano pierde el referente en lo real, es decir,

El hecho de que la inteligencia humana opere racionalmente, pone de presente la importancia que tiene para el juez el empleo riguroso de la lógica al momento de decidir sobre un caso concreto. El estudio de métodos y principios usados para razonar con corrección, así como el conocimiento de las distintas formas en las que se presentan los razonamientos falaces, da posibilidad a quien realiza el juicio, de hacer inferencias lógicas que le ayudan a acercarse a la respuesta correcta en el caso concreto²⁵⁴. En muchos casos de los que tiene conocimiento el juez, los hechos son subsumidos deductivamente dentro de normas y/o principios, a partir de los cuales se hace un proceso inferencial reglado²⁵⁵. Si bien es cierto que este paradigma ha encontrado algunas limitaciones en materia de casos que encarnan una especial dificultad para el juicio, no lo es menos que sigue siendo el modelo dominante frente a la solución de aquellos casos sencillos que se les presentan a diario a los jueces.

La decisión judicial, exige, por tanto, además del razonamiento inductivo que parte de la singularidad de los hechos que se presentan en el caso

cuando la inteligencia se desconecta de lo que está fuera de ella, dicho conocimiento muta en el mismo sujeto que entiende; la verdad, entonces, corre por cuenta de su subjetividad, o de lo convencional o histórico y, en tanto que el sujeto y lo histórico son contingentes, todo lo real –y el conocimiento que de ello se tiene–, queda como algo cambiante, inestable, provisionalmente definitivo o definitivamente provisional. La comprensión de estos aspectos tiene importantes repercusiones en el ámbito de las decisiones judiciales. La sentencia judicial concebida como acto humano y, por ende, como acto de inteligencia y voluntad, permite complementar las concepciones sobre la función judicial que le limitan a la mera aplicación de la ley, a un hecho social, o una actividad argumentativa en donde el acento está puesto en lo procedimental. También se cuentan aquí aquellos modelos que ven en la decisión judicial solamente un medio para el ejercicio de control, la legitimación del poder ejercido por el Estado sobre los ciudadanos o, incluso, la legitimación del propio poder judicial frente a las demás instituciones sociales.

²⁵⁴ Cfr. Copi, Irving. *Introducción a la lógica*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1974, pp. 3-5.

²⁵⁵ Los tratados lógicos, sistemáticos, más antiguos se deben a Aristóteles y se contienen en el llamado *Organon* en el que se incluye: la doctrina del silogismo en su aspecto formal (analíticos primeros); la demostración, donde se investiga la estructura que un razonamiento debe tener en orden a obtener la verdad científica (analíticos posteriores); y, finalmente, la dialéctica o tópica que trata de los modos de razonamiento que, aunque silogísticamente correctos, no cumplen todas las condiciones de la precisión científica. Esta última es fundamental para el razonamiento práctico. También están allí las llamadas “categories” que trata sobre los conceptos y términos, y el “De Interpretatione” que trata sobre las proposiciones, que son tratados subsidiarios. Vid. Aristóteles. *Tratados de lógica: El organon*. México: Porrúa, 2001.

concreto –a cuya certeza ha de llegar el juez mediante el recaudo del acervo probatorio–, el conocimiento de los principios y las normas, que son de naturaleza abstracta, para aplicarlos deductivamente al caso concreto²⁵⁶. Las teorías de la argumentación jurídica han enfatizado estos aspectos, dándoles un lugar central dentro de sus tesis sobre la forma como han de proceder los jueces para proferir decisiones correctas²⁵⁷. Manuel Atienza sintetiza la importancia de la lógica para la función judicial, al afirmar que ella posibilita: “1. Ofrecer esquemas, formas de argumentación, que ayudan a ordenar los argumentos y a dar, cuando menos, una primera idea de su posible bondad [...] El conocimiento de la lógica da claridad a la argumentación. 2. Suministrar una ayuda importante para la interpretación y la conceptualización [...] Obviamente, la lógica no resuelve el problema de interpretación, pero ayuda a ver dónde está el problema. Por ello también [...] es un poderoso instrumento para la redacción de textos jurídicos: ¡la forma tiene mucho que ver con el contenido! 3. Proporcionar un criterio para el control de los argumentos [...]”²⁵⁸.

La lógica requerida para la argumentación, posibilita, entonces, acercarse a la solución de problemas, tanto de naturaleza teórica, como práctica. En estos últimos, se hace particularmente importante la discusión dialéctica, en la que se parte de premisas que contienen los primeros principios del

²⁵⁶ El paradigma del raciocinio deductivo es el silogismo. En materia de decisión judicial, este modelo silogístico hoy sigue teniendo importancia en aquellos casos que no son especialmente problemáticos. Allí la aplicación de las distintas figuras y modos del silogismo, tanto categóricos (Barbara, Celarente, Darii, Ferio, Cesare, Camestres, Festino, Baroco, etc), como hipotéticos y disyuntivos (Tollendo Tollens, Ponendo Ponens, Ponendo Tollens y Tollendo Ponens), sigue siendo recurrente y exige su conocimiento y manejo adecuado por parte de los jueces. Cfr. Mans, pp. Jaime. *Lógica para juristas. Op. Cit.* pp. 92-98.

²⁵⁷ Algunos tratados que se han producido a este nivel y que cabe resaltar son: lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica de Aulis Aarnio, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; la Teoría de la argumentación Jurídica de Robert Alexy, publicada por el mismo Centro, Madrid, 1989; El derecho como argumentación de Manuel Atienza, publicado por Ariel, Barcelona, 2006; Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, del mismo autor, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; Tras la justicia, también de Manuel Atienza, publicado por Ariel, Barcelona en 1993; las Teorías de la Tópica Jurídica de Juan Antonio García Amado, publicado por Cívitas, Madrid, en 1988; La argumentación en el derecho, de Marina Gascón y Alfonso García, Palestra, Lima, 2003, entre otros.

²⁵⁸ Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación. Op. Cit.* pp. 179-180.

obrar humano que son captados por la inteligencia al entrar en contacto con la realidad propia del ser humano. Las aseveraciones que se hagan a partir de los primeros principios, necesariamente han de ser resultado de los mismos; si ello se da, los argumentos serán válidos; si no se da, serán el producto de silogismos aparentes que llevan a razonamientos falaces, los cuales deben ser especialmente evitados en las decisiones judiciales para no desviar el objeto propio del acto judicialístico jurídico: la realización efectiva de los derechos de las personas.

El razonamiento falaz no tiene referente real y, por tanto, carece de corrección, aunque es psicológicamente persuasivo²⁵⁹. Cuando aparecen las falacias en el razonamiento, éste queda reducido a la mera opinión de quien razona, que emplea de manera impecable el lenguaje y la coherencia, como sustitutos de su vaciamiento de la realidad. Así, el proceso demostrativo a partir de premisas necesarias es reemplazado por supuestos diversa índole, configurándose procesos argumentativos en los que se trasgrede el proceso exigido por una argumentación rigurosa²⁶⁰. En el orden del razonamiento práctico presente en el acto judicialístico jurídico acontece que, en ocasiones,

²⁵⁹ Vid. Copi, Irving. Introducción a la lógica. *Op. Cit.* pp. 81.

²⁶⁰ En virtud de que sobrepasa el objeto propio de este trabajo, no se hará una referencia minuciosa a los diversos tipos de razonamiento falaz. No obstante ello, no sobra advertir que el acto judicialístico en el ámbito jurídico exige un especial cuidado para no incurrir en falacias consistentes, por ejemplo, en el empleo de palabras a las que se les va dotando de diversos significados sin hacer las precisiones conceptuales que ello exige; así mismo, se precisa evitar la apelación a la propia autoridad para hacer valer un argumento que no tiene respaldo en la realidad, así como la deslegitimación del argumento ajeno simplemente por el hecho de que la persona que lo presenta tiene algún tipo de creencia religiosa o sesgo ideológico. También es menester evitar el uso de lenguajes emotivos para, con base en ello, legitimar decisiones injustas que resultan violatorias de los derechos de las personas; cuando están en juego los derechos, la apelación a sentimientos colectivos o a presiones provenientes de los medios de comunicación social o de algunos sectores de la sociedad, pueden resultar también falaces. No es menos importante evitar la referencia a supuestas autoridades en una materia que en realidad no lo son, o que, simplemente, son mal interpretadas. Dentro de estos razonamientos falsos, también está la postulación de lo mismo que se quiere demostrar, la universalización de lo que solamente tiene un alcance particular, la negación de lo universal por la existencia de la excepción particular, la postulación de proposiciones que se implican o se excluyen mutuamente. Con facilidad se advierte que en las providencias judiciales, estas formas de falacia son de uso frecuente. Vid. Mans, Jaime. *Lógica para juristas*. *Op. Cit.* pp. 112-118; COPI, Irving. Introducción a la lógica. *Op. Cit.* pp. 81-122.

estos principios se cambian por recursos retóricos persuasivos, que no dan cuenta de la realidad del derecho –cuyo goce por parte de su titular representa un bien–, generándose, como consecuencia, que se justifican decisiones judiciales haciendo uso de razones aparentes que afectan a las personas y a la sociedad²⁶¹.

La acción humana se constituye por referencia a la inteligencia que muestra que, más allá de la circunstancias, existe en el hombre la posibilidad de tener conocimiento de sí mismo y, allí, de aquella tendencia hacia lo que le preserva²⁶². Sin este referente, la acción humana puede considerarse a la vez simultáneamente buena y mala, justa o injusta, lo cual constituye una palmaria violación al principio de no contradicción, por lo que se anula, formalmente, la validez de las conclusiones. El hecho de que los razonamientos se expresen lingüísticamente, le exige al juez ser especialmente cuidadoso para no incurrir en una desvitalización del mismo lenguaje por la eliminación de todo contenido universal proveniente de los principios de la razón²⁶³. No puede perderse de vista que los términos, los juicios y los raciocinios sólo pueden decir “algo al otro” en la medida en que tengan un significado tal, que permita establecer un puente de significado entre el emisor y el receptor, lo cual exige trascender el mero sonido o la mera escritura, e ir a lo que son las cosas. El vaciamiento de contenido del lenguaje en la actividad lógico-argumentativa, lleva consigo un cercenamiento de la capacidad comunicativa humana, por resultar cautiva de la solitaria coherencia subjetiva, lo cual imposibilita hablar –con pretensión de verdad– de la existencia de derechos y de decisiones judiciales que den cuenta de ellos²⁶⁴.

²⁶¹ En la lógica clásica a estas razones que se aducen para defender algo falso se les llamaba de diversos modos: paralogismos, sofismas y falacias, atendiendo a algunas sutiles propiedades diferenciadores de cada uno, especialmente referidas a la intención o no intención de engaño. Para efectos de este escrito se toman como sinónimos para indicar la existencia de argumentos aparentes carentes de verdad.

²⁶² Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 18, art. 10, c.

²⁶³ Vid. Pitkin, Fenichel. *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984, pp. 83 y ss.

²⁶⁴ Esta ruptura ha sido una de las fuentes de la visión pesimista en torno la decisión judicial que caracteriza a un sector de la Teoría del Derecho en la actualidad. En esta línea, A. Nieto describe las sentencias como “burla resultado del azar o del capricho del juez” Vid. Nieto, Alejandro. *El Derecho y al revés*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 40-41.

Lo expuesto, permite colegir que el procedimiento lógico-argumentativo que realiza el juez –no obstante su importancia–, no representa un fin en sí mismo, sino que es un medio para que los derechos se vean realizados de manera efectiva. Por ello, hoy se insiste –como un imperativo en los diversos sistemas judiciales del mundo– en la necesidad de que los jueces, no solamente justifiquen, sino que fundamenten sus providencias²⁶⁵. De ello también da cuenta el aumento de los observatorios jurisprudenciales, los trabajos, seminarios, congresos y otras múltiples actividades académicas que giran en torno a dicha temática.

En el ámbito del razonamiento judicial existe, pues, un vínculo estrecho entre lo procedimental y lo material. La ruptura entre estos dos aspectos del raciocinio, llevó a Arthur Kaufmann –el filósofo del derecho alemán que ejerció la función judicial en el campo penal–, a afirmar que no puede pensarse que el objeto del derecho sea un mero producto de un proceso, ya de creación jurídica, ya de aplicación de normas²⁶⁶. La intelección de la racionalidad humana que la limita al modo de proceder y pretermite aspectos de contenido, hace que el juez aparezca como un autómatas que sacrifica el derecho por defender el procedimiento. Así como inteligencia y razón son inseparables y hacen parte de una única potencialidad humana, la forma y el contenido en la decisión judicial, son inseparables²⁶⁷. En este mismo sentido ha expresado J. Habermas que “el precio de una fuerte racionalización en los medios de acción política y social, a través de una racionalidad meramente “instrumental”, ha sido una completa irracionalidad

²⁶⁵ En Colombia, parte del contenido del mandato constitucional al debido proceso (art. 29), es la obligación de los jueces de fundamentar sus decisiones. Algo similar sucede en constituciones como la española de 1978, que en su artículo 120, inciso 3, pone como imperativo el que las sentencias de los jueces sean motivadas. El Código Penal Alemán en su artículo 34 también exige que los jueces respalden sus decisiones con razones.

²⁶⁶ Cfr. Kaufmann, A. *Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 277.

²⁶⁷ Para superar el procedimentalismo, Kaufmann plantea lo que denomina “teoría de la equiparación” en la aplicación del derecho. Según esta teoría, puesto que propiamente ni la ley general-abstracta, ni el caso individual-concreto, se encuentran en el mismo plano (planos del ser y deber ser), para que pueda operar la subsunción del caso bajo la ley, primero tiene que darse la equiparación: de la ley, por medio de la interpretación, a la consecuencia jurídica; y del caso, por medio de la construcción, al supuesto de hecho. De esta manera, no se trata de una mera subsunción del caso bajo la norma, sino del supuesto de hecho bajo la consecuencia jurídica. Es un acto hermenéutico en donde la norma abstracta del deber ser alcanza en el derecho –en el ser– su concreta existencialidad. Ibid. pp. 283-284.

en cuanto a los fines de esa acción y su consecuente falta de justificación ética”²⁶⁸. La ética, entendida como el bien o lo bueno de la sentencia, es la realización efectiva del derecho.

El esfuerzo por superar la dicotomía entre lo procedimental y los aspectos de contenido en el ámbito de la decisión judicial implica, además de indagar por el referente real al cual alude el término derecho –que, como se indicó, constituye el objeto formal de la capacidad intelectual del juez–, precisar su origen y su razón de ser²⁶⁹. La función judicial exige al jurisdicente el conocimiento de estos elementos que son estructurales para el acto judicial²⁷⁰. El marcado énfasis en lo procedimental que ha tenido la reflexión sobre la decisión judicial en el seno de la Teoría del Derecho contemporánea, tanto al interior del modelo de función judicial positivista –centrado más en reglas– como post-positivista –centrado más en principios–, ha conducido a restarle importancia a estos aspectos que son estructurales en la decisión judicial, por cuanto el error en el conocimiento de los mismos, conlleva la imposibilidad de alcanzar fallos de los cuales se pueda predicar verdadera corrección: si el derecho es el objeto que hay que realizar de manera efectiva a través de la sentencia judicial, entonces, es lo primero que ha de ser conocido por el juez.

Las reflexiones precedentes han preparado el camino para el siguiente capítulo de esta segunda parte, en el que se estudia el acto judicial jurídico como un acto de la voluntad. El acto de juicio que realiza el juez, implica el uso de sus facultades intelectual y volitiva que, sin confundirse, se integran y complementan en un único acto. El conocimiento aportado por la inteligencia con su proceder racional, ilumina el querer propio de la voluntad del ser humano, orientándole hacia el fin propio del derecho y de la función judicial: la realización efectiva de los derechos.

²⁶⁸ Cit. Massini, Carlos. *Filosofía del Derecho*. Op. Cit. 15 p.

²⁶⁹ Hoyos, Ilva. *Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista*. Op. Cit. pp. 23 y ss.

²⁷⁰ El mismo E. Kant, cuyas obras han sido el hontanar de la que han bebido la mayoría de los teóricos del derecho contemporáneos, puso de presente la importancia que tiene el considerar la pregunta por el “quid ius”, es decir, por el qué es el derecho, lo cual implica la superación del nivel fenoménico del mismo que corresponde a la pregunta por el “quid iuris”. Vid. Ortega y Gasset, José. “Reflexiones de centenario en: Kant, Hegel, Scheller”. En: *revista de occidente*, Madrid: Alianza editorial, abril-mayo, 1983, 20 p.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO: ACTO DE VOLUNTAD

Como se indicó en el capítulo anterior, la capacidad intelectual puesta en acto, pone al sujeto en comunicación intencional con su objeto, es decir, con la realidad del derecho²⁷¹. Este “tender hacia” –en el que consiste dicha intencionalidad–, constituye una operación exclusiva del ser humano que le posibilita superar el nivel de la experiencia sensible –*primum cognitum*–, hasta llegar a penetrar en el ser y la finalidad de las cosas²⁷². Se da, por tanto, en el juez una apertura tal hacia la realidad jurídica, que le permite conocerla y hacerse uno con ella²⁷³. Esa realidad, mirada específicamente en función de su labor, está integrada, tanto por el derecho, como por los elementos que le estructuran y las circunstancias en que hay que darlo a su titular. El desconocimiento de esta realidad se transfiere indefectiblemente al acto judicativo que se realiza con base en ella. La facultad intelectual del juez le abre al conocimiento de la triada existente entre la persona, sus cosas, los otros, así como la naturaleza de las circunstancias en que sus relaciones tienen lugar, cuyo conocimiento se precisa para la realización del acto judicativo jurídico.

En cuanto acto humano, el acto judicativo jurídico, además de ser intelectual, es volitivo. La voluntad cumple una función determinante en la consecución del fin propio de la función judicial²⁷⁴. La facultad volitiva

²⁷¹ Tomás de Aquino, S.T. I, q. 75, art. 3.

²⁷² Detrás de estas afirmaciones hay una antropología que no reduce al hombre a su inteligencia racional, sino que ve en ella una potencia que, si por alguna circunstancia desaparece o no se pone en acto, no por ello se deja de ser persona: el entendimiento no es la esencia del a persona, sino una potencia suya. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I q. 75, art. 2.

²⁷³ No es una apropiación material sino intencional: “Cognoscere est fieri aliud in quantum aliud”. Tomás de Aquino, S.T., I, 14, 1c.

²⁷⁴ La experiencia muestra que en el ser humano hay deseo, se quieren cosas, hay voluntad; y eso, que es objeto de deseo, es tal, por cuanto en ello descubre el hombre algo que le satisface. Esto, pone de presente la existencia de la potencia volitiva en el hombre sin

del juez se actualiza cada vez que, con la sentencia, se realizan de manera efectiva los derechos de las personas. Como los principios y las normas no llegan nunca a constituirse –por sí solos– como reglas precisas y eficaces del acto concreto por su carácter abstracto –y menos aún en los casos de difícil solución jurídica–, siempre ha de considerarse en el acto judicial la voluntad del fallador que, en última instancia, cierra el círculo estructural de la acción humana determinada en sus notas individuantes²⁷⁵.

El acto judicial jurídico es una actividad práctica y, por ende, exige un salto de lo teórico-especulativo, a lo concreto de la conducta humana, desplegada frente a un caso específico; allí, además del conocimiento aportado por la facultad intelectual, se precisa que la voluntad de quien juzga, realice de manera efectiva aquello que la inteligencia le muestra²⁷⁶. En el juicio práctico concreto que hace el juez, concurren, pues, lo intelectual y lo volitivo. La garantía de una correcta administración de justicia depende, en buena parte, de que la inteligencia y la voluntad del juez estén dispuestas y ordenadas a sus objetos propios: la realidad del derecho y su realización efectiva.

La voluntad hace que el conocimiento obtenido por la inteligencia respecto de lo que encierra la realidad jurídica, se vuelva acto. Así, el conocimiento respecto de lo que es el derecho, de su razón de ser, de los principios que rigen el conocimiento teórico y práctico, de las normas, de la lógica, de las pruebas que lo sustentan y de la manera como ha de valorarlas, etc., tiene que ser complementado por la acción de la voluntad del juez, que es el vehículo que conduce a la acción que se concreta en el fallo²⁷⁷. De allí la

más demostraciones: si el hombre desea, es porque está facultado para hacerlo. Sobre el particular decía Agustín de Hipona que la voluntad es bien conocida por nosotros; no sabríamos que queremos, si no supiéramos qué es la voluntad misma. Vid. Agustín de Hipona, *De deabus animabus, contra manicheos*, Madrid: BAC. Obras completas, ed. Bilingüe, 1994, X, 14.

²⁷⁵ Vid. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 57, art. 5, ad 3.

²⁷⁶ “La verdad del entendimiento práctico se toma por la conformidad con el apetito recto; la cual conformidad no tiene lugar en las cosas necesarias, que no son hechas por la voluntad humana, sino sólo en las contingentes, que pueden hacerse por nosotros, ya se trate de cosas operables (agibilia) interiores, ya de cosas factibles (factibilia) exteriores”. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 57, art. 5, ad. 3.

²⁷⁷ A esta capacidad de unir lo intelectual y lo volitivo, atendiendo a los objetos propios de estas potencias, se denominó en Grecia *Phrónesis* –traducida al latín *prudentia*– sobre la que se ahondará en un apartado posterior. Vid. Aristóteles, *La Política*, libro III, cap. 4.

importancia que tiene el estudio del elemento volitivo presente en el acto humano judicial, objeto de este capítulo²⁷⁸.

Para la presentación de las ideas, se parte del estudio de la voluntad atendiendo a su naturaleza dual, esto es, en cuanto facultad y en cuanto acto volitivo; allí se muestra cómo la voluntad, en cuanto potencia pasiva, alteritiva y dinamizadora, es un querer que se complementa con el acto volitivo, en el que la libertad de arbitrio –y la deliberación que le es propia–, constituye un aspecto direccionador del sentido en el que ha de proferirse la sentencia. Esta deliberación, que lleva al juez a la decisión, se caracteriza por ser prudencial: un acto de razón, en donde, el conocimiento orienta la conducta, considerando las circunstancias especiales en las que ésta se da, y sopesando las distintas posibilidades existentes respecto de los medios y del fin perseguido con dicha conducta²⁷⁹. Dicho fin –como se verá–, es lo primero que se advierte en la acción judicial y, por eso, es el principio que mueve a la acción, a la vez que es lo último que se consigue²⁸⁰. El análisis de la volición, en cuanto acto de la voluntad, prepara el abordaje de la relación entre la decisión judicial y el orden social y, finalmente, de las limitantes o condicionantes que puede encontrar dicho acto volitivo²⁸¹.

2.2..1. LA POTENCIA VOLITIVA DEL JUEZ

Desde la Filosofía clásica, al deseo de la voluntad se le ha considerado una *potencia*; con este término, se indica una energía propia del ser humano que lo inclina hacia una realidad en la que descubre algo conveniente²⁸². Esta

²⁷⁸ La separación entre las dos potencias responde a una finalidad metodológica; empero, conviene recordar que lo intelectual y lo volitivo, a la vez que corresponden a potencias distintas, son inseparables en la acción humana. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 80, art. 2.

²⁷⁹ Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, II, 1.

²⁸⁰ Tomás de Aquino. S.T. I-II, q. 1, art 1 c.

²⁸¹ Un interesante estudio sobre la voluntad en el pensamiento realista clásico, y que ha servido de base para algunas de las reflexiones contenidas en este apartado, se encuentra en el siguiente texto: García-Valiño, Javier. *La voluntad humana en Tomás de Aquino: un estudio desde sus fuentes griegas, patristicas y escolásticas*. Málaga: Spicum, Universidad de Málaga, 2010, pp. 207-374.

²⁸² Tomás de Aquino, cuando habla de las potencias del alma, sigue a Aristóteles: la voluntad es una forma o naturaleza, es una inclinación natural hacia algo que le conviene. Vid. S.T. I, q. 80, art. 1, ad 3.

energía o potencia –que, en cuanto dispuesta para obrar, recibe el nombre de *facultad*²⁸³–, es uno de los principios de la actividad humana y, por ende, del acto de juicio que realiza el juez²⁸⁴. Así, la voluntad gobierna la acción judicial y, junto con la inteligencia, integra su contenido propio²⁸⁵. La voluntad, en tanto expresión del ser personal, constituye en la persona del fallador, un principio fundamental para su actividad judicial²⁸⁶.

Varios aspectos han de ser tenidos en cuenta en el análisis de la voluntad en cuanto potencia humana presente en el acto judicial. El primero de ellos es su *pasividad*²⁸⁷. Esto significa que, para poder actuar, la voluntad requiere del impulso inicial de algún otro principio externo que la ponga en actividad. Ese principio es la inteligencia que aprehende lo real. De este modo, la potencia intelectual de quien realiza el acto de juicio, activa la potencia volitiva y ésta, una vez activada, se orienta hacia la realización de la acción que se concreta en la sentencia.

Un segundo aspecto de la potencia volitiva, es su carácter alteritivo²⁸⁸. Así como la realidad del derecho es externa a la inteligencia del jurisdicente, lo es el objeto de su voluntad que corresponde al bien que representa el que los derechos sean realizados de manera efectiva; esto significa que la determinación del fin de la decisión plasmada en una sentencia judicial, lo

²⁸³ Vid. Sellés, Juan. F. “Introducción a la cuestión disputada 22 De Veritate. Doce tesis tomistas acerca de la voluntad”. En Tomás de Aquino, *De Veritate. El apetito del bien*. Pamplona: U. Navarra, colección de Anuario filosófico, n. 131, 2001, pp. 15-18.

²⁸⁴ Por ser una facultad propia del ser humano, la voluntad funda la existencia concreta de la persona, que se traduce en una actividad que trasciende a la vida del otro por cuanto la persona es principio de comunicación. Cfr. Cardenas Patiño, Alberto. *Persona: solitario social en Tomás de Aquino*. Usta, Bucaramanga, 2002, pp. 41.

²⁸⁵ La naturaleza intelectual y volitiva del ser humano prolonga espacio-temporalmente su forma propia de existir: “la operación sigue al acto de ser” (“operatio sequitur esse”). A la vez, la actividad lo presencializa y desarrolla sus potencialidades, de tal manera que podría decirse “*ens est propter operationem*”. Así, por la acción, todo ente, incluido el ser humano, es cada vez más lo que es esencialmente, es decir, que por ella obtiene su perfección, su plenitud. En este orden de ideas, el juez se perfecciona mediante su actividad judicial. Vid. Cardenas, Alberto y Guarín, Édgar. *Filosofía y Teoría del Derecho. Op. Cit.* pp. 36.

²⁸⁶ Lo anterior significa que la voluntad no es la persona del juez, sino que expresa su realidad personal. Tomás de Aquino. *De anima*, q. única, art. 12.

²⁸⁷ “Voluntas est potentia passiva”. Tomás de Aquino. *De Veritate* q. 22, art. 12.

²⁸⁸ Del latín alter-altera-alterum: lo otro. Vid. Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino, Barcelona: Spes, 1950.

da la realidad misma del derecho, cuya razón de ser –según se estudió en el capítulo anterior– es estar bajo el dominio de su titular. La inclinación de la voluntad del juez respecto de su objeto, se da respecto de algo que es distinto de ella misma²⁸⁹. De este modo, la voluntad del juez puede ejercer los actos que le son propios, si –y sólo si– está en conexión con una realidad externa a ella revelada por la inteligencia; de la pasividad de la voluntad en cuanto potencia, se desprende su alteridad²⁹⁰.

La propiedad alteritiva de la voluntad hace que el juez se incline hacia una realidad externa, que le atrae, que se vuelve deseable y, por tanto, establece una relación *intencional* con ella²⁹¹. Este es un tercer aspecto de la potencia volitiva del juez que ha de subrayarse²⁹². La sentencia judicial es resultado de la voluntad del juez que tiende –*intentio*– hacia algo que está fuera de ella, que es mostrado por la inteligencia como conveniente y necesario, y que, por lo tanto, *exige* ser obrado: la voluntad es la causa próxima de la acción humana y, por ende, del acto judicialivo jurídico²⁹³. Esta exigencia en el obrar del juez –que se desprende de la realidad misma del derecho– no significa, en modo alguno, determinación; sobre ello se volverá más adelante al abordar la cuestión sobre la libertad de arbitrio del juez.

²⁸⁹ La potencia volitiva es distinta de la potencia intelectual cuya intencionalidad es de adecuación o correspondencia con lo real; la intencionalidad de la voluntad es de realización de lo que conviene y que le atrae, con rectitud. Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VI.

²⁹⁰ Vid. Polo, Leonardo. “La voluntad y sus actos (I)”. En: *Cuadernos de Anuario filosófico*. Pamplona: U. Navarra, N° 50, 1998, 36 p.

²⁹¹ Vid. Tomás de Aquino. S.T. I, q. 59, art 2 c.

²⁹² Así como la inteligencia capta la existencia real del principio de finalidad presente en las cosas –y, particularmente, en la decisión judicial–, la voluntad es potencia en relación a dicho fin. El acto volitivo es intencional, *tiende a* alcanzar una finalidad que la inteligencia le presenta como deseable y, por tanto, como plenificante. Y, en su orientación hacia dicha finalidad, se dirige también a los medios para alcanzarla. La inclinación al bien general que tiene el juez por el hecho de ser persona, se concreta en la elección de algunos fines particulares y de los medios para alcanzarlos. El Aquinate llama a esta inclinación: “voluntas finis”. Tomás de Aquino, In II Sent, q. 1, art 5, sol.

²⁹³ El no tener en cuenta estas características de la potencia volitiva, ha llevado a ver al juez como alguien sujeto a sus propias pasiones e inclinaciones, o las presiones del medio, cerrando la posibilidad de que, a través de las decisiones judiciales, se realicen efectivamente los derechos de las personas. Vid. Andino, Claudio. “Duncan Kennedy o la oportunidad de abordar el Derecho desde un abordaje alternativo”. En: ErgaOmnes. com.ar el 03/06/2011 y recuperado el 7/06/2012: 9:45 a.m.

De la naturaleza misma del acto humano judicialístico jurídico se desprende, entonces, que el juez está en una relación intencional con la realidad del derecho ajeno, y por su voluntad, pasa el darlo atendiendo a una exigencia que se desprende de dicha realidad, con la eficacia reforzada que le confiere el estar investido por el Estado para administrar justicia²⁹⁴. Considerar esta intencionalidad propia de la voluntad, puede contribuir a la reflexión actual respecto de la corrección de las decisiones judiciales, por cuanto permite mostrar que, en dicho campo, la voluntad del juez tiene un referente distinto de ella misma, que es mostrado por la inteligencia y que, por tanto, connaturalmente, le lleva a salir de sí misma al encuentro del derecho del otro, para realizarlo²⁹⁵.

Otra nota característica de la voluntad en cuanto potencia, es su carácter dinamizador de las demás fuerzas humanas, que les lleva a realizar sus actos propios²⁹⁶. No se piensa, si no se quiere pensar, y no se consiente una emoción o sentimiento, si no los desea consentir²⁹⁷. En virtud de esta propiedad dinamizadora, la voluntad mueve toda la actividad humana, y lo hace, no siguiendo a la aprehensión sensorial-material –como acontece con el apetito sensitivo–, sino que lo hace siguiendo a la aprehensión

²⁹⁴ El juez se dignifica como persona no solamente conociendo sino, esencialmente, dando el derecho a quien es su titular en un acto de voluntad pleno. S.T. I-II, q. 27, art 2, ad 2.

²⁹⁵ Surge, a partir de esto, otro elemento del acto humano judicialístico jurídico analizado desde la potencia volitiva: el de la *reciprocidad*. El acto intelectual del juez no es, *stricto sensu*, recíproco; sí lo es, en cambio, el acto volitivo, por cuanto tiende a dar el derecho a quien es su titular. Allí, una y otra voluntad –la del que acude a la administración de justicia y la del juez– se unen en una única realidad: la del derecho. Esta reciprocidad de voluntades se materializa en la realización efectiva de aquello que se reclama por parte del peticionario: su derecho. Vid. García, Javier. “La voluntad humana en Tomás de Aquino: un estudio desde sus fuentes griegas, patrísticas y escolásticas”. *Op. Cit.* 360 p.

²⁹⁶ Aquí se excluyen las necesidades naturales que no son voluntarias en estricto sentido. Vid. Tomás de Aquino, S. T., I; q. 82, art. 4.

²⁹⁷ Recuértese que a la dimensión apetitiva pertenecen dos potencias: la sensualidad o apetito sensitivo y la voluntad. El apetito sensorial es dividido por Tomás de Aquino en irascible y concupiscible. El apetito concupiscible es aquel por el que el hombre está inclinado simplemente a conseguir lo que es conveniente en el orden sensible y a rehuir lo perjudicial; la irascible tiene por objeto lo arduo y tiende a superar lo adverso y a prevalecer sobre ello. Vid. Tomás de Aquino. S.T. I, q. 80, art 2 c. y S.T. I, q. 81, art 2 y q. 81, art. 3, ad 2.

intelectual²⁹⁸. Así pues, cuando el juez juzga lo hace porque su voluntad le mueve a hacerlo; pero la dirección hacia donde debe ir el juicio, es aportado por la actividad de la inteligencia, configurándose así un movimiento en donde las dos potencias superiores son inescindibles.

Los análisis precedentes respecto de la voluntad, la muestran en constante búsqueda del objeto querido²⁹⁹. Por inclinación natural del ser humano, su voluntad desea alcanzar un fin racionalmente captado que se descubre como lo máximo deseable y que, tratándose de los jueces, corresponde a la realización efectiva de los derechos³⁰⁰. Al deseo propio de la voluntad,

²⁹⁸ A diferencia del apetito sensitivo que se mueve en un nivel básico, común al género animal, la voluntad eleva al hombre sobre las demás cosas y seres, posibilitándole ejercer señorío y dominio, no solamente de todas las cosas, sino de sí mismo. La correspondencia que se da entre voluntad e inteligencia permite al hombre captar el bien universal: del mismo modo que la inteligencia aprehende los universales, la voluntad se inclina a la felicidad. La sensibilidad solamente capta el bien particular, aprehende los objetos singulares. La voluntad, por tanto, es una potencia superior del ser humano, que lo eleva por encima de lo meramente material. Cuando la voluntad se dirige a un bien particular, éste se vuelve su objeto material, pero no su objeto formal, que siempre será el bien universal; cuando la voluntad se inclina hacia bienes concretos, lo hace bajo la razón formal de bien universal, pues así se lo presenta el entendimiento. Tomás de Aquino, para demostrar esto, pone el ejemplo del agua: ella es objeto de apetición; apetición sensitiva por cuanto resulta agradable al gusto; pero apetición racional o de voluntad en cuanto buena, lo cual supera lo particular que es el gusto sensitivo. La voluntad del juez es facultad de aprehender la bondad absoluta –no amarrada– y, por eso, frente al bien particular que representa una sentencia justa, su voluntad apetece, en cuanto participa de la razón de bien en general. Además, a diferencia de lo que sucede con el apetito sensitivo que se sacia –así sea de manera momentánea– la voluntad no se satura nunca y, por eso, en su orientación hacia lo bueno, crece y se perfecciona en la medida en que va alcanzando su objeto. Todo lo anterior demuestra que la voluntad es una potencia espiritual que no poseen los animales. Vid. Tomás de Aquino S.T. I, q. 59, art. 1; S.T. II-II, q. 95, art. 5 c; S.T. I, q. 81, art. 1 c.

²⁹⁹ Vid. Yepes, Ricardo. *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*. Pamplona: Eunsa, Instituto de ciencias para la familia, 1996, pp. 157-158.

³⁰⁰ Aristóteles en *La Política* libro I, cap. 2, afirma que el dominio del alma sobre el cuerpo es despótico, mientras que el dominio de la inteligencia sobre los sentidos es político. Idea recogida por el Aquinate en la S.T. I, q. 81, art 3, ad 2 y en el *De Veritate* q. 25, art. 1 c. A lo anterior hay que agregar que ningún ser humano –en condiciones psicológicas normales– quiere su propia miseria. Vid. *De malo*, q. 3, art 3 c. A partir de esto, se colige que el hombre, a través de su acción, se inclina hacia lo que no le causa desdicha sino que, por el contrario, le genera placer, utilidad o gozo interior. Así, cualquier cosa que resulte conveniente, imprime en la voluntad la razón de bien y de fin, al cual está naturalmente inclinada.

sigue la elección, que es expresión de la capacidad de dominio que tiene sobre las cosas y sobre sí mismo³⁰¹. Para su análisis, se precisa el estudio de la voluntad como actividad, es decir, como volición.

2.2.2. LA ACTIVIDAD VOLITIVA DEL JUEZ

Analizados los aspectos que caracterizan la voluntad humana en cuanto potencia, ahora se hace su abordaje desde la perspectiva de la acción. El acto volitivo –llamado volición– es la forma como la voluntad, en cuanto potencia, se perfecciona³⁰². La razón de ser del acto judicial jurídico es la administración de justicia, esto es, la realización efectiva de los derechos; por ende, el acto volitivo del fallador está definido por dicho objeto. El ejercicio de la voluntad en el juez, pasa por su inteligencia que le permite conocer aquello que hay que hacer efectivo mediante la sentencia. Por esa razón, desde los inicios de la reflexión filosófica se insistió en que la voluntad es una función intelectual –es apetito racional–, por el cual, el ser humano se inclina a lo que es conocido intelectivamente como *bueno*³⁰³.

De la misma manera que la facultad intelectual del juez se perfecciona con el conocimiento de la realidad de lo jurídico, su voluntad se perfecciona con la volición del bien que representa la realización efectiva de los derechos de las personas³⁰⁴. Para ello, la voluntad de quien juzga realiza un acto de elección que le llevará a tomar una decisión, que plasmará en una providencia. Dicha elección es la actividad deliberativa de la voluntad

³⁰¹ Vid. Yepes, Ricardo. *Fundamentos de antropología. Op. Cit.* pp. 158.

³⁰² También es posible que no sea perfeccionada sino desvirtuada, dada la condición de libertad, característica de la voluntad. Sobre ella se trata posteriormente. Vid. Sellés, Juan. F. *Conocer y amar. Estudio de los objetos de las operaciones del entendimiento y de la voluntad según Tomás de Aquino*, Pamplona: Eunsa, 2 ed. 2000, pp. 153-160.

³⁰³ En la escolástica se distinguía entre *voluntas ut natura et voluntas ut ratio*. La primera corresponde a la inclinación natural del hombre al bien en general; la segunda, a la elección sobre los medios y el bien particular. A ésta, se le ha llamado en la tradición filosófica, libre albedrío. Tomás de Aquino, S. T. q. 18, art. 3.

³⁰⁴ Sólo accidentalmente, la voluntad puede querer el mal porque el entendimiento lo capta erróneamente como bien. De acuerdo con esto se da una doble determinación en la voluntad: la primera está dada porque la voluntad tiende siempre al bien y la segunda por la mediación necesaria del entendimiento que le presenta el bien. Como señala Aristóteles: “Todos los hombres obran por lo que les parece bueno”. Aristóteles *La Política*, I, 1.

en su acto de querer. En este orden de ideas, la actividad volitiva del juez no se limita al mero deseo, apetencia o impulso, sino que es un querer en donde la elección deliberada es exigida. Por eso, el juez, como actividad previa a su decisión, elige si actúa o no, elige el fin al que ha de orientar su actividad y elige los medios para alcanzarlo. Todo esto integra la libertad de elección –también llamada libertad de arbitrio o libre albedrío–, que le permite al juez autodeterminarse y realizarse, en la medida en que hace efectivo lo que está llamado a realizar: el derecho³⁰⁵.

³⁰⁵ La libertad se predica como una de las propiedades esenciales de voluntad y como una de las notas definitorias de la persona que le permite realizarse, elevarse y degradarse; ella está presente en todo el actuar humano y, por ende, constituye uno de los aspectos de mayor relevancia cuando se trata de analizar la decisión judicial como un acto de la voluntad. Vid. Inciarte, Fernando. “sobre la libertad del intelecto, de la razón y de la voluntad”. En R. Alvira (coord.), *Razón y libertad. Homenaje a Antonio Millán Puelles*, Rialp, Madrid, 1990, pp. 284. Esta libertad tiene varios aspectos que están relacionados entre sí. Aquí se enfatiza en el aspecto electivo de la libertad o libre albedrío. Empero, este aspecto tiene como base otro que es el de la libertad como radical humano o libertad constitutiva. Vid. Yepes, Ricardo. *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*. Op. Cit. 159 p. Atendiendo a este aspecto constitutivo de la libertad, cuando se habla de la libertad del juez para fallar, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la libertad hace parte de su *ser*: no solamente tiene libertad sino que *es* un ser libre. En ese sentido, la libertad no solamente es una propiedad del acto judicial, sino que es un radical de la propia existencia del juez que le posibilita volverse sobre sí mismo, hacerse dueño de sí y de sus propias acciones. Este plano de la libertad, que es interno, es el fundamento de todas las libertades: expresión, opinión, religiosa, conciencia, etc. Es, por tanto, una libertad constitutiva que abre al juez a su propia realidad personal y se vuelve activa frente a ella. De allí que, desde este plano, la libertad sea autorrealización, esto es, un alcanzar el fin al que lanza la propia condición personal y aquel que viene dado por el conglomerado social que le ha encargado la importancia función de administrar justicia. Por eso, esta libertad constitutiva convive con toda la realidad personal del juez en cuanto persona, y parte de ella, situándose en la vida personal, en el encuentro con el otro, en la historia y la cultura. El juez vive esta libertad en una situación personal y social determinada y concreta y, a partir de ella, construye el propio proyecto biográfico; en este proyecto, ocupa un lugar preeminente la alteridad y lo jurídico. A estos elementos biológicos, genéticos, cognitivos, afectivos, culturas, históricos, educacionales, que acompañan la vida humana libre les llama Yepes Stork, siguiendo a Jacinto Choza, “síntesis pasiva”. Esta síntesis pasiva en la que se realiza la libertad del juez, no es obstáculo para su despliegue sino riqueza que pone le pone en condiciones de alcanzar la finalidad propia de sus decisiones: la realización efectiva de los derechos. Vid. Yepes, R. *Fundamentos de antropología*, Op. Cit. 162 p.

Con ello, hemos llegado a uno de los temas de mayor objeto de reflexión para la Filosofía del Derecho, dada su importancia para la acción humana judicial que realizan los jueces: la libertad de elección o libertad de arbitrio. Las líneas subsiguientes se destinan a su análisis.

2.2.2.1. LA LIBERTAD DE ARBITRIO Y SU LUGAR EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO

La experiencia muestra que la actividad humana no es resultado de impulsos biológicos o de solos deseos, sino que la persona tiene la posibilidad de elegir la manera como obra³⁰⁶. Esta libertad de elección, que precede a la ejecución del acto, corresponde a un juicio deliberativo respecto de los fines particulares en los que el hombre ve realizada su inclinación natural hacia lo bueno, y sobre los medios para alcanzarlo; en razón de ello, la filosofía clásica la denominó “libertad de arbitrio”. Por ella, la actividad volitiva de la persona tiende a un fin que es informado por la inteligencia, de tal manera que la elección sigue al conocimiento aportado por la inteligencia, en donde el momento de realidad, es insustituible. El querer de la voluntad –que es libre–, sigue a la aprehensión de la inteligencia, todo lo cual es manifestación de la grandeza de su ser, que se perfecciona en la obra: es una libertad que arbitra. En razón de lo anterior, en sede de realismo filosófico se afirma que la voluntad es apetencia racional y no mera apetencia, y en que la volición no opera como una tendencia meramente espontánea, sino que ella sigue aquello que la inteligencia le muestra³⁰⁷.

³⁰⁶ La libertad del ser humano es una sola, pero está integrada de diversos aspectos. El arbitrio o elección se hace en virtud de la capacidad de autodeterminarse y dirigirse a un fin. Esta capacidad no se elige y, por tanto, es constitutiva de la libertad. Cuando el hombre abre su entendimiento al ser –a lo real–, y al bien –a lo que preserva–, su libertad se vuelve trascendental. Y cuando el hombre, producto de su libre albedrío, conquista su dignidad a través de la vivencia de las virtudes, su libertad es adquirida. Esto último muestra la grandeza de la libertad por cuanto allí, el hombre se conquista, se hace dueño de sí y principio de sus acciones. Cfr. Millán Puelles, Antonio. *El valor de la libertad*. Madrid: Madrid, 1995, 73 p; Cfr. Polo, Leonardo. *Curso de teoría del conocimiento* III, Pamplona: Euns, Pamplona, 29 p.; Vid. Peñacoba, Alejandra. *La Educación De La Libertad Y La Plenitud Personal En Millán-Puelles*. Alcalá: Fundación Universitaria Española, 2013, pp. 143-180.

³⁰⁷ Vid. Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 22, art 4 y S.T. q. 81, art. 3, ad 2.

En el ámbito de la decisión judicial, la existencia de la libertad de arbitrio en el juez le permite elegir de entre diversas finalidades aportadas por el entendimiento³⁰⁸, aquella que *conviene* a la realidad del derecho, a su finalidad, así como a la razón de ser de la función que le ha sido encomendada por parte del Estado: la realización efectiva de dichos derechos³⁰⁹. Afirmar que la libertad de arbitrio es elección inteligente, es declarar que la actividad volitiva del jurisdicente es inseparable de la verdad de la existencia de un derecho, y que su tarea consiste en realizarlo³¹⁰. Como señala Barrio Maestre, “la libertad presupone la verdad: la pretensión de conocerla y de obrar según ella. La acción que –al menos subjetivamente– no obedece a la verdad sólo puede obedecer a algún interés que condicione la voluntad. La voluntad sólo es soberana si se pliega a la verdad, ya que sólo la verdad es imparcial”³¹¹.

La Filosofía y la Teoría del Derecho contemporáneas han reparado en la libertad de arbitrio del juez como uno de los temas medulares de su reflexión sobre la función judicial. Algunos afirman su existencia en los términos referidos en los párrafos anteriores; otros, en cambio, han cuestionado su

³⁰⁸ Vid. Tomás de Aquino. S.T. I, q. 82, art 1.

³⁰⁹ Es importante detenerse en el significado de lo que “conviene”. Filosóficamente, el hombre no está hecho del todo y, por eso, a través de sus decisiones “se va haciendo”. Este inacabamiento le posibilita determinar su vida en una u otra dirección. Pero estas decisiones no se toman en el vacío y sin fundamento: hay una realidad que soporta las decisiones de los jueces, a la cual se ha venido aludiendo a lo largo de este escrito. Por eso, la libertad de elección del juez se funda en la realidad mostrada por la inteligencia y obrada por la voluntad. Cuando, a través de las decisiones libres el hombre realiza actos que están acordes con su realidad, se dice de su opción que es conveniente, por cuanto no le daña, sino que viene-con él, esto es, con lo que él es y con la realidad, que en el caso del juez, es la realidad del derecho, cuya finalidad, es estar en su titular. Por eso, el juez que realiza efectivamente los derechos de las personas, actúa de manera libre, esto es, conforme a lo que conviene al derecho como realidad y a la naturaleza misma de su función. Cfr. Peñacoba, Alejandra. *La educación de la libertad y la plenitud humana personal en Millán-Puelles*. Op. Cit. 51 p.

³¹⁰ Detrás de esta consideración está la afirmación de la existencia de la verdad. Como dice Millán Puelles: ¿Es verdad absoluta o no es verdad absoluta que yo estoy hablando ahora? ¿Eso es verdad para mí pero no para otro? Otro podrá no conocer esa verdad pero no es que no sea verdad porque ese señor no la conozca: es una verdad absoluta (...) O es verdad y, entonces lo es absolutamente, o no es verdad, bien porque es falso bien porque es sencillamente algo opinable”. Millán Puelles, Antonio. “Las dimensiones morales del interés por la verdad”. En: *Anuario filosófico* XLII/3, 539 p.

³¹¹ Barrio Maestre, José. “libertad y realidad. Observaciones acerca de la índole reiforme de la libertad humana”. En: *Pensamiento y cultura*, número 4, 53 p.

existencia; y otros, la han reducido al querer espontáneo del juez. Las tesis que la cuestionan, conciben el acto judicial jurídico, bien como la aplicación mecánica de las normas que integran el ordenamiento jurídico, bien como resultado de factores genéticos, del aprendizaje en la primera infancia, de las frustraciones, del subconsciente, del medio económico, político y social en donde vive el juez, que no permiten, realmente, el ejercicio del libre albedrío³¹². Para ellos, estos elementos resultan, no solamente influyentes, sino determinantes de la conducta del funcionario judicial³¹³.

Las tesis que limitan el libre albedrío al querer espontáneo, consideran que la libertad del juez le posibilita el poder elegir cualquier fin que desee para su actividad —y los medios para alcanzarlo—, independientemente de que ellos se correspondan o no con la realidad del derecho mostrada por la inteligencia. Esta concepción de la libertad de arbitrio es, por tanto, indiferente frente a la bondad del fin y los medios elegidos, dejando la voluntad al margen de cualquier referente real, objetivo y propio en su acto de arbitrar. Se crea, con ello, una ruptura entre lo intelectivo y lo volitivo en quien hace el juicio. Según esta manera de entender la libertad, quien realiza el juicio es libre en la medida en que no encuentra obstáculos ni coacción para obrar como quiera, salvo los que representan el orden normativo jurídico y el medio social³¹⁴. Así, los móviles de la acción se desprenden del objeto mismo del

³¹² Este planteamiento ha sido frecuente en quienes limitan el derecho al campo de las ciencias sociales. Dentro de esta línea de pensamiento, el derecho se concibe como un medio de control social, como un instrumento para solucionar —o incluso legitimar— los conflictos sociales, o como producto de una creación artificial autoritaria por parte de unos grupos de poder; valiéndose de otras ciencias como la sociología, la economía, la historia y la psicología —entre otras—, los seguidores de estas corrientes han puesto en entredicho la validez, no solamente de las normas jurídicas, sino de las decisiones de los jueces. Cr. Ross, Alf. *Tú-tú*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976, pp. 29 y ss.

³¹³ Se trata de un determinismo biológico, psicológico o social, que termina anulando la libertad en el obrar. Vid. Regó, Francisco. “Libertad, inteligencia y transcendencia en Santo Tomás”. En: *semana VIII Tomista Argentina*, Buenos Aires, memorias, septiembre de 1983.

³¹⁴ Es el caso, por ejemplo, de J. Locke quien planteó la idea de un estado de naturaleza del ser humano caracterizado por la completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona. J. Rawls, por su parte, en su teoría de la justicia considera la libertad como el valor básico que integra el contenido de la justicia; lexicográficamente, la libertad es el principio prioritario sobre el que construye toda su teoría de la justicia. Rawls, dice respecto de la libertad: “esta o aquella persona está libre de esta o aquella restricción o restricciones para hacer o

acto que debe realizar el juez –por su condición de tal–, caso en el cual la libertad excede su propio ámbito. Lo alteritivo propio de la elección del juez que, como se indicó, refiere al derecho, es desplazado, entonces, por un alteritivo público³¹⁵.

no hacer tal o cual cosa”. Con este concepto, trata de superar el debate respecto de si la libertad es solamente una libertad de no ser coaccionado, o implica una libertad para hacer lo que cada uno quiera de una manera espontánea y autónoma; para Rawls, la libertad, es a la vez, lo uno y lo otro, es decir, libertad de y libertad para, libertad negativa y libertad positiva, y sus límites se hallan en las libertades ajenas. Así, en su concepción sobre la libertad, Rawls sigue a I. Berlin, para quien la libertad es, a la vez, negativa y positiva. La libertad negativa, defendida fundamentalmente por pensadores liberales clásicos como Locke y Mill, consiste en decir que la libertad es predominantemente “libertad de”: “debe existir un cierto ámbito mínimo de libertad personal que no puede ser violado bajo ningún concepto”. Frente a esta concepción de libertad, plantea además la “libertad para”: facultad de cada individuo de “ser su propio amo”. Quienes conciben así la libertad, ven en la democracia el mejor sistema político; en ella, el pueblo es titular del poder y la libertad se convierte en el valor, principio y eje gravitacional sobre el que se hacen girar los demás derechos. Cfr. BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad y otros escritos, *Op. Cit.* pp. 50 y ss; Rawls, John. *Teoría de la justicia*. *Op. Cit.* 192 p; LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil. Madrid: Alianza, 2000, 80 p.

³¹⁵ La concepción de la libertad de arbitrio en los términos descritos –su cuestionamiento o su afirmación como espontaneidad–, subyace en varios de los debates contemporáneos de los teóricos del derecho sobre la decisión judicial, al interior de los cuales han surgido concepciones sobre el juez y su función, que van desde aquella que, sobre la base de que su libertad le puede llevar a tomar cualquier tipo de decisión, le limita a la elección entre las normas que ha de aplicar mediante un procedimiento silogístico, pasando por las que hacen énfasis en la posibilidad que tiene el juez de decidir con base en una elección que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, hasta llegar a las concepciones que buscan limitar dicha discrecionalidad mediante el énfasis en los principios y en los procesos argumentativos. El surgimiento del positivismo jurídico, por una parte restringió la actividad del juez, de forma tal que la administración de justicia se concreta en la obediencia y respeto a las normas positivas, cuyo origen son el pacto o contrato social legítimamente celebrado; y, por otra, abrió la puerta a la discrecionalidad judicial frente a casos difíciles. Este último es el caso de la teoría propuesta por Hart, quien afirma la existencia de discrecionalidad en el juez para crear derecho, por cuanto, como él afirma, “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho... Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores)... Los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar”. En respuesta a estas tesis, teorías como las de Ronald Dworkin y de los teóricos de la argumentación –como Robert Alexy y Manuel Atienza– enfatizan los principios como fuente de derechos y límite

En el ámbito de la decisión judicial, han sido varios los efectos de estas concepciones sobre la libertad de elección que, o la niegan, o la vuelven un absoluto. Un primer efecto, es el pesimismo respecto de la posibilidad de que los jueces puedan realizar de manera efectiva los derechos a través de sus sentencias, bien porque se hallan constreñidos por razones políticas, económicas o sociales de naturaleza coyuntural, bien porque fallan según sus propias convicciones personales, interpretando los principios y las normas según su parecer, allende del derecho. En uno u otro caso, el resultado es la negación de la posibilidad de alcanzar decisiones judiciales correctas³¹⁶. Este pesimismo riñe con la experiencia que muestra que los jueces, en muchos casos, fallan realizando de manera efectiva los derechos, más allá de determinadas circunstancias y factores que, si bien, es necesario tener en cuenta por su injerencia en la actividad judicial, no la determinan totalmente. Tanto la negación de la libertad de arbitrio del juez, como su absolutización en el actuar espontáneo, constituyen un vaciamiento del acto de elección, en el que, como se ha dicho, la inteligencia abre el camino para el actuar responsable³¹⁷.

a la actividad libre del juez como creador de derechos. El caso más paradigmático dentro de esta concepción es el de Ronald Dworkin quien dirige una crítica severa al positivismo por concebir el derecho como un conjunto de normas cuya finalidad es la de determinar las conductas que serán sometidas a coerción por los poderes públicos, dejando de lado problemas jurídicos de principios, que son los más importantes. La crítica más fuerte de Dworkin al positivismo se dirige hacia la discrecionalidad del juez, por cuanto, le permite crear normas o ampliar alguna ya existente, frente a la presencia de lagunas. Para Dworkin el derecho preexiste y no puede ser creado por el juez. Vid. Dworkin, Ronald. “Los Derechos en Serio”, *Op. Cit.* pp. 44, 99, 146; Cfr. Hart, Herbert. “El concepto de Derecho”, *Op. Cit.* pp. 159 y 160; Cfr. Kaufmann, A. *Filosofía del Derecho. Op. Cit.* pp. 277.

³¹⁶ Tesis como las de Ronald Dworkin que plantean la necesaria relación entre la decisión judicial y los derechos de las personas, buscan responder a estas concepciones pesimistas sobre la función judicial. Vid. Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 1988, 20 p.

³¹⁷ Las tesis que hacen énfasis en la decisión judicial como producto de estos condicionantes genéticos, psicológicos o sociales, se centran en el fenómeno y dejan de lado ser y, por esa vía, hacen de estos condicionamientos algo absoluto: los intereses personales del juez, así como los diversos factores económicos, políticos y sociales, si bien pueden inclinar una decisión judicial en un determinado sentido, no anulan la libertad del juez. Sin libertad de elección no hay posibilidad de obrar humanamente. Cfr. Gevaert, Joseph. *El problema del hombre, Op. Cit.* pp. 188 y ss.

Otro efecto, es la sustitución del objeto propio del acto de elección que realiza el juez en el acto judicial. Dicho objeto es el derecho, y su realización efectiva, la razón de ser de la labor del juez. Reemplazado este objeto, la función judicial es susceptible de ser puesta al servicio de los más diversos intereses, sobre la base de una aparente libertad de elección. Actualmente –por ejemplo– la defensa de las libertades y de otros intereses particulares, se han convertido en finalidades de primer orden para la función judicial. Se olvida con ello, que la libertad es una característica –la más notable– de la voluntad en su acto de elegir guiada por la inteligencia y, por ende, tiene carácter de causa eficiente y no de causa final. Esto se puede constatar en la forma como la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”. Para el alto tribunal, la defensa de la libertad –en términos de “vivir como cada uno quiera”–, es el camino para garantizar la plena realización humana dentro del Estado Social de Derecho³¹⁸. Desde los primeros años que siguieron a

³¹⁸ En esta línea han ido múltiples sentencias. Dentro de ellas cabe resaltar las siguientes: la sentencia T-222/92, M.P. Ciro Angarita, en donde se dijo que “cuando a un individuo no le es permitido desenvolverse profesionalmente en el lugar en que labora, se le garantizará su derecho al libre desarrollo de la personalidad entendida como aquella libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que el sujeto considere conveniente. Dicha libertad cubre diversos campos, el social, el político, el económico y el afectivo”. Este significado de la libertad, fue extendido y ampliado por la Corte en el fallo de tutela T-542/92, con ponencia del Magistrado Martínez Caballero, en donde se dijo que “el concepto de autonomía comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en cualquiera de las etapas de su vida: estudios, integración de una familia, inclinación sexual, política, cultural, religiosa y profesional”. Del mismo modo en la Sentencia T-524 de 1992 –idea ratificada en la sentencia T-1207 de 2000, al decidir el caso de una joven a la que se le impidió matricularse para el año lectivo siguiente debido a su indisciplina–, la Corte estableció que las sanciones por conductas que se consideren inapropiadas dentro del ámbito educativo deben ceñirse a parámetros objetivos que excluyan la arbitrariedad y deben respetar los derechos constitucionales fundamentales de los educandos. Y dijo que el contenido de los reglamentos de las instituciones educativas, su interpretación y aplicación no pueden desconocer los valores, principios y normas de la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales de los estudiantes, entre ellos, la educación y el libre desarrollo de la personalidad. La Corte sentó su doctrina respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad al afirmar que tal derecho es visto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. En el fallo de constitucionalidad C-221 de 1994, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, que trató sobre la despenalización de la dosis mínima, se dijo que las limitaciones para el derecho al libre desarrollo de la personalidad, deben

la promulgación de la Constitución, fue tomando fuerza la idea expresada por la Corte en la sentencia T-542 de 1992, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, en donde se afirma respecto del libre desarrollo de la personalidad, que éste constituye un derecho visto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido, por ser manifestación de la dignidad humana³¹⁹.

Un tercer efecto, es el surgimiento de nuevos radicales sociales, cuya garantía, también se ha convertido en objeto del acto judicialístico jurídico. Esos radicales son la tolerancia y el pluralismo, que emergen como dos valores que han de ser garantizados por las normas y por los jueces a través de sus providencias, por pertenecer esencialmente a la democracia³²⁰. Así,

analizarse de manera concreta, vigilando que el estado no desconozca la autonomía que posee los individuos sobre la escogencia de su rumbo de vida. La drogadicción, dice el fallo, es una decisión que solo compete al individuo, por cuanto es un camino que no afecta los derechos ajenos, no siendo posible alegar la dañosidad general, debido a que el daño debe darse en concreto y no en abstracto.

³¹⁹ Consecuencia de esto, es la actual concepción de la dignidad humana atribuida exclusivamente a una individualidad que se vuelve intocable, dejándola vaciada de un contenido con referente real. Así, la autonomía se vuelve un principio que no puede ser violado en la construcción de cualquier relación; principio según el cual, como se es libre, se tiene derecho a definir la propia manera de comportarse, no fundamentándose en ninguna distinción real entre las conductas que hacen daño o no lo hacen, sino en la propia subjetividad que da como resultado una libertad sin persona y en una igualdad sin referente, las cuales se van a ilustrar en los estilos de vida: matrimonios alternativos, familias disfuncionales e inestables, arte sin estética y filosofía sin capacidad de fundamentación. Así, la dignidad queda fundamentada en una de las operaciones propias del hombre –el actuar libre– y no en la realidad de su ser personal; el resultado es una dignidad relativa y contingente. Conviene recordar que si el constitutivo formal de la persona fuese alguna propiedad esencial, como la libertad –o cualquiera otra–, por importante y necesaria que fuese, el hombre no sería siempre persona.

³²⁰ Sobre la base de que se ha de reconocer la diferencia para promover armonía e interacción entre personas, grupos y culturas –lo cual es loable en sí mismo–, las tendencias pluralistas asumen posturas tan abiertas que cualquier tipo de expresión individual se considera valiosa y se quiere hacer valer como derecho, poniendo a los jueces a su servicio mediante mecanismos judiciales como la tutela. La invocación del respeto de las “identidades” y el “reconociendo la diferencia”, se torna en un “todo vale”, en una especie de “estética de la diversidad”, en donde no hay principios supraindividuales. La tolerancia, por su parte, puesta por Arthur Kaufmann como uno de los principios del Derecho, emerge inseparable del pluralismo. El problema está –como lo señala el mismo Kaufmann– en que la tolerancia posibilita actuar de

las decisiones de los jueces se van volviendo “alternativas” en el sentido de que reflejan arreglos para la convivencia, que no siempre se corresponden con la realidad del derecho, su finalidad y su fundamento en la persona. Cuando ello sucede, la relación entre la decisión judicial y la realización efectiva de los derechos –como razón de ser de la misma–, se pone en riesgo y, con ello, el orden social³²¹.

La libertad de elección o arbitrio del juez no es mera apariencia. Si ello fuera así, serían inútiles las normas, los consejos, las exhortaciones, las reflexiones y toda valoración sobre el actuar humano. En la realización del acto humano judicial, el juez obra, realmente, con libertad de elección; por eso, él se hace un juicio sobre lo que debe procurarse y lo que debe evitar. Este juicio es previo a la decisión y no proviene de la potencia volitiva, sino de la intelectual, que delibera ante distintas opciones; luego, con su voluntad, decidirá, conformando un solo acto con el juicio: el acto humano judicial³²².

En este orden de ideas, en el acto judicial jurídico concurren de manera inseparable lo intelectual y lo volitivo³²³. La libertad de elección del juez, se funda en su inteligencia y la ejerce por el movimiento de su voluntad, como ya se ha indicado³²⁴. De allí que, de cara a las tesis que hacen de la

manera irresponsable; por eso, el principio de tolerancia tiene que completarse con el principio de responsabilidad. Hoy se invoca con frecuencia la tolerancia para incitar a la aceptación de la injusticia. A quien ha visto conculcado un derecho y exige su respeto, se le censura de intolerante. Por eso, Kaufmann encuentra en la injusticia, en cuanto forma de intolerancia, un límite a la tolerancia. Kaufmann, A. *Filosofía del Derecho. Op. Cit.* pp. 511 y ss.

³²¹ Cfr. SANDEL, Michael. *Justicia ¿hacemos lo que debemos? Debate*, Bogotá, 2011, pp. 71-190.

³²² En tanto las acciones particulares son contingentes, su juicio puede tomar distintas direcciones, algunas de ellas más cercanas y convenientes al fin propio de su función, y otras más lejanas a ella. El término contingente indica finitud: todo bien finito, en cuanto finito, no es plenamente bien. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 83, art 2 c.

³²³ “Radix libertatis sicut subiectum est voluntas, sed sicut causa est ratio”. Tomás de Aquino S.T. I-II, q. 17, art 1 ad 2. La facultad del libre albedrío tiene su principio radical en la razón en cuanto conocedora del bien en cuanto tal y su principio próximo en la voluntad; el acto libre tiene su principio radical en la indiferencia del juicio práctico en relación al bien particular, y el principio próximo en la indiferencia dominadora de la voluntad en cuanto a ese bien. Garrigou Lagrange, Réginald. *Dios, su naturaleza*. Madrid: Palabra, 1977, 232 p.

³²⁴ Este libre albedrío puede tomar dos formas: ejercicio y especificación; la primera, elegir entre actuar o no; la segunda, elige entre ejecutar este acto u otro. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 13, art 2.

libertad un absoluto sin más referente que el actuar espontáneo, la tesis aquí expuesta concibe el libre albedrío del funcionario judicial como un señorío sobre el propio acto de voluntad. La acción judicativa es libre en tanto el juez actúa con *juicio libre*, lo cual supera la acción del animal que responde a la necesidad. La libertad de quien realiza el acto de juicio, por tanto, no es ni ser, ni acto, ni facultad, ni sustancia: es un *carácter* de ciertos actos de su voluntad, que se mueve hacia los fines que la inteligencia le presenta³²⁵.

El libre albedrío es, a la vez, indeterminación y autodeterminación de la voluntad. Como afirma Millán-Puelles: “la indeterminación es necesaria precisamente para la autodeterminación, en la cual consiste el aspecto positivo de la libertad de arbitrio de nuestra potencia volitiva [...] si no tuviese ya por naturaleza una cierta potencia de indeterminación —es decir, si no poseyese esta potencia de una manera innata—, no podría autodeterminarse en modo alguno”³²⁶. Por ende, quien realiza el acto judicativo jurídico puede sobreponerse a los intereses personales, sociales, económicos o políticos, y cumplir de manera efectiva con la tarea que le ha sido encargada por la sociedad realizando el derecho y poniéndolo en cabeza de su titular. Respecto de ese fin particular del acto judicativo y de los medios para alcanzarlo, el juez obra libremente; esto significa que, a la vez que no está coaccionado en modo alguno por el objeto que le presenta la inteligencia, está llamado a realizarlo y, por esa vía, a autodeterminarse³²⁷. Este hecho da una cierta preeminencia a la voluntad en la actividad judicativa, por cuanto ella es la que le permite al juez ser causa de sí mismo³²⁸.

³²⁵ La inteligencia, que ve y contempla la verdad en el obrar, da luz a la voluntad que no ve. Así, el libre albedrío del juez procede formalmente de la inteligencia y materialmente de la voluntad; ese acto libre se expresa en un juicio práctico: “quiero esto o aquello”; luego vendrá la ejecución mediante la sentencia. El sentido o encauce del acto volitivo, lo otorga el juicio de la inteligencia y, la elección libre, es un juicio hecho práctico por la fuerza de la voluntad. Esta elección versa sobre los singulares contingentes, que son de gran variabilidad. La voluntad se mueve a sí misma supuesto el “consilium” que es una inquisición de la inteligencia-racional sobre lo que ha de hacerse con respecto a la prosecución del fin; inquisición insoslayable antes de la elección. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 14, art. 1 c.

³²⁶ Millán Puelles, Antonio. *El valor de la libertad*. Op. Cit. 158 p.

³²⁷ Tomás de Aquino, *De Malo*, q. 3, art 10 c. También la voluntad está libre de las demás potencias —específicamente de la sensitiva— porque es capaz de moverlas a sus propios actos, con dominio sobre ellos, aunque dicho dominio en este ámbito sea limitado. Tomás de Aquino, In II Sent. q.3, art 2 c.

³²⁸ De allí la importancia que tiene el volver sobre la persona como aquel ser —el único— del que se predica libertad. El juez es libre, porque su realidad personal es libre. Se trata,

La autodeterminación a la que conduce el arbitrio de la libertad, se constituye, a la vez, en camino de liberación para el ser humano. El acento aquí se pone, ya no en la elección misma, sino en la responsabilidad que dicha elección acarrea. Por eso, esa libertad, a la vez que radical humano, es una tarea por realizar: la de ser libre, liberándose continuamente, mediante la elección y realización de lo que la inteligencia muestra como conveniente. El juez no es libre de fallar, *para* ser libre de fallar; es libre, *para* realizar efectivamente el derecho, pudiendo no hacerlo. Así pues, la libertad de elección de quien juzga no es fuente ni fin en sí misma, sino que exige el conocimiento de la realidad que le compromete con la realización efectiva del derecho ajeno, lo que no constituye un límite a su libertad, sino una tarea que ésta tiene que realizar, que se convierte en su máxima expresión. Es éste un sentido positivo de la libertad del juez. No es la libertad de elección “*para*” optar por lo que quiera; es libertad de arbitrio *para* estar en consonancia con el derecho. A esta libertad es a la que se refiere el título de esta obra: “la libertad de los jueces para fallar en positivo”.

El arbitrio con el que se adjetiva la libertad consiste, pues, en que la voluntad elige entre las posibilidades que la inteligencia le indica ser la más adecuada o verdadera, teniendo en cuenta también las que desaconseja por no corresponder a su función o ser contrarias a ella. Arbitrar es, pues, juzgar; pero no de cualquier manera, sino atendiendo a la realidad que ilumina la inteligencia. Si ello no fuese así, cualquier resultado de un arbitraje sería válido, lo cual no pasa la prueba de validez práctica. Por eso, elegir con arbitrio es elegir lo mejor; de ello solamente puede dar cuenta el ser humano en cuanto poseedor de esas dos potencias superiores. Allí se da una relación tan estrecha entre dichas potencias, que puede llevar a la confusión de sus objetos; por eso, dentro del contexto de análisis sobre la actividad volitiva que se hace en este apartado, se precisa un análisis más detallado sobre la interdependencia e irreductibilidad de la inteligencia y de la voluntad.

más que de tener libertad, de *ser* libre. Esto significa que detrás de todo acto judicial está la constitutiva realidad personal del juez, expresada en una voluntad que se deja guiar por la luz de la inteligencia, que le muestra lo importante y conveniente que es dar al respectivo titular su derecho, no solamente para la vida personal de éste, sino para la vida social que garantiza de este manera, el orden y la convivencia pacífica. Esta concepción de la libertad como radical de la persona humana, permite una visión de la misma que no le limita a la potencia volitiva ni intelectual, sino que la concibe como expresión de las dos. La índole propia de la libertad no se puede entender sin este referente a la realidad personal del ser humano que encierra una especial dignidad y excelencia.

2.2.2.2. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LA INTELIGENCIA Y LA VOLUNTAD EN CUANTO ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO

El hombre desea cosas y ese desear es una actividad de la voluntad. De hecho, el deseo es el primer movimiento de la voluntad. Empero, el hombre no solamente desea, sino que conoce aquello que es objeto de dicho deseo, lo cual se da gracias a su capacidad intelectual. De allí que exista una unión indisoluble entre estas dos potencias superiores: la inteligencia, que tiene por objeto el ser en cuanto ser y cuyo acto es conocer, y la voluntad, que tiene por objeto ese mismo ser, pero visto en cuanto fin deseado y querido³²⁹. Cuando el deseo en tanto apetito o movimiento primero de la voluntad es modulado por la inteligencia, la voluntad se mueve a un acto segundo más perfecto que es el querer, como acto propio humano. En la decisión judicial se puede apreciar con claridad esa unidad entre lo intelectual y lo volitivo: la inteligencia de juez está sujeta a la realidad del derecho; y su voluntad, tiende a esa realidad que se le presenta como un fin, cuya realización conviene³³⁰.

³²⁹ En la tradición filosófica heredada del realismo, se sostiene que esta inclinación al fin reconocido como bueno es natural y, por eso, el objeto formal propio de la voluntad humana es el bien en sí, infinito, abstractamente considerado: *ratio universalis boni*, que es la felicidad o razón de bien, realizado en un bien individual concreto. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 80. Art.2.

³³⁰ La voluntad, por su dependencia de la inteligencia que conoce abstractamente esas realidades, al ordenarse a ese fin concreto, lo hace en virtud de su búsqueda de la razón *formal* de dicho fin, que corresponde a la inclinación que todo ser humano tiene a la felicidad, esto es, a hacerse fértil, fecundo y que, ya en lo singular de la situación específica, atrae su voluntad. Este hecho puede ser contrastado empíricamente. Por eso, el dinamismo humano tiene como razón última, como finalidad, la búsqueda de la felicidad. De allí surge la dimensión teleológica propia del ser humano: los hombres nos planteamos metas que constituyen la cima de nuestras aspiraciones y que representan para nosotros un bien, en cuanto nos hacen plenos y, por ende, nos llevan a la felicidad. Que el hombre es así, no necesita demostración. Si bien los hombres no siempre estamos de acuerdo en nuestras concepciones sobre la felicidad, tales diferencias se deben a disposiciones subjetivas, a pesar de las cuales, podemos llegar, por nuestra inteligencia a darnos cuenta de que hay fuentes de felicidad que son más permanentes y plenificantes –que nos hacen más fecundos– que otras, por el bien que encierran. Ahora bien, este concepto de felicidad, se relaciona con el bien último por cuanto no se busca por otro bien mayor, sino por sí mismo. A partir de la experiencia, el realismo define lo bueno como lo que conviene, lo que preserva, lo que no daña, lo que perfecciona, lo que plenifica nuestro ser. Ciertamente no siempre es sencillo saber qué es lo que preserva y qué lo que daña; empero, ello no significa que el concepto de

A diferencia de lo que acontece en el ámbito moral, en donde la tendencia propia del ser humano al fin –*in abstracto*– se concretiza en algunas realidades particulares diversas, toda vez que aquello que los hombres piensan respecto del fin al que ha de tender su voluntad no son siempre coincidentes aunque el fundamento sea el mismo –la propia realidad personal–, en materia jurídica, en cambio, el fin que debe ser realizado por parte del juez, viene dado por la realidad misma del derecho³³¹. Por eso, como se indicó al abordar el estudio del objeto formal de la capacidad intelectual del juez, la tradición clásica llamaba al derecho: “lo debido”. Lo debido como objeto de la sentencia es, precisamente, la materia que constituye el débito jurídico. Así pues, si bien es cierto que el lucro, la utilidad, el reconocimiento social, la conveniencia política –entre otros fines–, pueden ser perseguidos por los jueces en el ejercicio de su función, no lo es menos que, cuando ello sucede, surge el rechazo social, por cuanto dichos fines, no se corresponden con aquel que se desprende de la realidad misma del derecho: la exigencia de su realización efectiva³³².

La interdependencia de la inteligencia y de la voluntad se evidencia, por tanto, en el hecho de que el intelecto muestra el objeto de su acción a la

bien sea relativo en el sentido de no tener un referente en la realidad; es relativo en el sentido de estar referido siempre a una situación concreta y a unos individuos que se hallan en dicha situación y deben discernir, en la particularidad de la misma, qué es lo que conviene o no conviene. Cfr. Aristóteles, *La Política*, I, 1; Tomás de Aquino, *De Veritate* q. 22, art 5; Poupard, Paul. *Felicidad y fe Cristiana*. Estudio del Consejo Pontificio para el diálogo con los no creyentes, Barcelona: Herder, 1992, pp. 10.

³³¹ Esto tiene que ver con la naturaleza alteritativa de las potencias superiores del ser humano a la que se ha hecho alusión a lo largo de este escrito. En el plano moral, es evidente que las personas no tienen un mismo concepto sobre lo que les hace felices. Por eso, la filosofía clásica distinguió entre el concepto de felicidad del hombre sabio y el concepto de felicidad de la gente común. La gente común tiene la idea que la felicidad es algo notorio y ostensible; algunos consideran que la felicidad está en los bienes sensibles como las riquezas, los placeres, los honores. Cada uno, atendiendo al fin que desea, va teniendo a su vez una noción de felicidad. El hombre que ha cultivado la sabiduría, por su parte, pone su felicidad en cosas superiores que también representan bienes, como el conocimiento de la verdad y la vida virtuosa. La justicia, en cuanto alteritativa, exige dar el derecho y, por ende, ello no depende de la virtud moral del juez. Cfr. Tomás de Aquino. *Comentario a la ética a Nicómaco*. Eunsa, Pamplona, 2001, Libro I, lección V.

³³² Cuando esto último se da, el sujeto que realiza el acto humano se plenifica a través de su obra. Precisamente, en su etimología, el término felicidad –“*felicitas*”– significa fecundidad, abundancia de frutos, plenitud. cfr. BASSO, Domingo. *Los fundamentos de la moral*. Buenos Aires: Centro de Investigaciones en ética biomédica, 1993, 80 p.

voluntad. Este objeto –que tiene razón de fin– pone al juez en una “tensión hacia” (intención) su consecución, tal como se indicó al caracterizar la potencia volitiva. El dinamismo del acto judicial depende de este elemento intencional, que es inseparable de la claridad sobre el fin. Se trata, por tanto, de un factor que determina la decisión judicial misma, que comienza en el orden intencional y termina con la exteriorización en la sentencia³³³.

La correspondencia –en términos de exigencia recíproca– que existe entre la inteligencia y la voluntad constituye, pues, una unidad real. Por ende, querer y cognición son condiciones necesarias para la existencia del acto judicial³³⁴; así, lo desiderativo del juez está en orden al fin de su acción, en un proceso de movimiento recíproco en el que confluyen en una sinergia admirable el entendimiento y voluntad: por una parte, la voluntad mueve a la inteligencia del juez a querer saber lo referente al derecho; y, por otra, su inteligencia mueve a su voluntad, en cuanto le muestra la existencia del derecho –con sus elementos estructurantes–, así como las circunstancias particulares en que hay que darlo a su titular³³⁵. De esta manera, el juez, se inclina hacia algo que conoce porque lo aporta la inteligencia y, a la vez, lo conoce, porque su voluntad le inclina a ello –lo quiere conocer–. En el campo jurídico, al cual pertenece la decisión judicial, el objeto de la inteligencia es el derecho, en el cual, el entendimiento descubre que su realización efectiva

³³³ Aquí aparece la importante relación entre el fin y el objeto de la acción. “El acto del hombre recibe su especie por la esencia del objeto, según que éste es bueno o malo; el acto especificado como bueno nunca puede ser malo; ni el especificado como malo puede hacerse bueno. Sin embargo, puede suceder que a un acto en sí bueno se añada uno que sea malo en otro orden; y en este sentido se dice que el acto bueno se hace malo, en cierto modo, por el acto malo; lo cual no ha de entenderse en el sentido de que sea malo en sí (...) referir uno de estos –se refiere actos buenos– a un fin desordenado, como por ejemplo la vanagloria, es ciertamente un acto malo; ya que los dos actos se unifica con un cierto orden (...) Por tanto, si cualquiera de sus elementos es malo, ya sea el acto, o la ordenación a un fin malo, todo se juzga malo. Y no se juzga totalmente bueno a menos que ambos elementos sean buenos; así como el hombre no es considerado bello a menos que todos sus miembros lo sean; y se considera feo si alguno de sus miembros es deforme” Tomás de Aquino, *De Malo*, q. 2, art 4, ad 2.

³³⁴ Aristóteles, *De anima*, libro III, cap. 10.

³³⁵ “La voluntad quiere querer, y quiere que el entendimiento entienda (...) y así, la voluntad mueve al modo de una causa agente, no sólo las realidades exteriores, sino también las mismas potencias del alma. Tomás de Aquino, *De veritate* q. 22, art. 12. Y en la S.T. I-II, q. 83, art. 3 está una idea similar: la voluntad es el motor demás potencias: pues “entendemos porque queremos”.

es conveniente para la vida humana personal y social; allí, la voluntad, quiere aquello que la inteligencia le muestra³³⁶.

Además de la unidad real existente entre la inteligencia y la voluntad en el acto humano judicativo, existe un orden en el acontecer de las mismas; por eso en la filosofía clásica se afirma que “el apetito siempre sigue a la cognición”³³⁷. Esta unidad operativa que muestra la unidad personal existente en el ser humano, es la que se expresa en la unidad del acto judicativo, en tanto operación concreta. De ahí que absolutizar, bien la inteligencia o bien la voluntad, implique, a la vez, una reducción de la persona misma, tanto en sus facultades como en su operación; se trata de facultades distintas e irreductibles la una a la otra, tal como se estudia en el siguiente apartado.

2.2.2.3. LA IRREDUCTIBILIDAD ENTRE LO INTELECTIVO Y LO VOLITIVO EN EL ACTO HUMANO DE JUICIO

La interdependencia que se ha señalado entre las dos potencias superiores presentes en la decisión judicial, no significa –en modo alguno– confusión entre los objetos propios de cada una. Como refiere Juan Fernando Sellés, la experiencia permite constatar que hay distinción entre las operaciones de las potencias apetitiva y cognoscitiva: el acto de la operación cognoscitiva, a diferencia de lo que acontece con la operación volitiva, no es movimiento en sentido propio. Ello es así, por cuanto la operación de la potencia intelectual

³³⁶ Sobre esta relación entre intelecto y voluntad escribe el Aquinate: “El intelecto se puede comparar con la voluntad de tres modos: primero, considerado de modo absoluto y universal, sin referencia a ningún determinado objeto, el intelecto es más excelente que la voluntad; así para un sujeto, poseer la nobleza de una cosa es más perfecto que estar solamente en relación con ella. Segundo respecto de las realidades naturales sensibles, el intelecto continúa siendo más noble que la voluntad; por ejemplo, conocer la piedra vale más que poseerla, porque la forma de la piedra existe en el intelecto y es conocida de modo más noble a como existe en la piedra misma en cuanto objeto del deseo de la voluntad. Por último en lo que respeta a las realidades divinas superiores al alma, querer vale más que conocer; así, poseer a Dios y amarle vale más que conocerle, porque la bondad divina existe de una manera perfecta en Dios, tal como es deseada por la voluntad que como existe participada en nosotros, concebida por el intelecto”. Tomás de Aquino, *De Veritate* q. 22, art 11.

³³⁷ La persona se perfecciona en cuanto persona con el conocimiento y con el ejercicio del bien; pero lo hace en mayor medida con el bien, que es alcanzado por la voluntad. Por ende, en orden a la perfección, a la felicidad, la voluntad tiene primacía sobre la potencia intelectual. Cfr. Tomás de Aquino, *In II sent.* q. 1 art 2.

se consuma con la presencia de lo conocido en quien conoce, mientras que la potencia apetitiva inclina al sujeto hacia la cosa apetecible³³⁸.

Así pues, inteligencia y voluntad son distintas e irreductibles entre sí. En el juez, la potencia volitiva le lanza hacia algo que es inteligible y que se le muestra como deseable, en cuanto conveniente; ello es así, porque el hombre tiene la capacidad de percibir y distinguir entre lo que preserva y lo que daña³³⁹. El principio y sujeto de este acto es la persona misma del juez, que conoce y quiere: conoce el bien que representa cumplir con su función de administrar justicia rectamente dando a cada uno su derecho, y lo quiere, inclinando su voluntad hacia ello³⁴⁰. De esta manera, la inteligencia del juzgador se vuelve *motor* de su voluntad, en cuanto le muestra que la realización de los derechos, a través de su fallo, es algo digno de ser querido por el bien que representa para el titular del derecho y para la sociedad; y sabe también que ello constituye una obligación que se desprende de la naturaleza misma de su función, lo cual, como se ha indicado, no significa anulación de la libertad de arbitrio del juez, sino realización de la misma³⁴¹.

La irreductibilidad existente entre la inteligencia y la voluntad, se descubre al analizar su actividad: la potencia intelectual actúa contemplativamente, mientras que la volitiva, en cuanto se inclina hacia algo que conviene, que

³³⁸ Vid. Sellés, Juan. *Introducción a la cuestión 22 De Veritate. Op cit.* pp. 29, nota 108. Según Sellés, esta tesis está expuesta por Tomás de Aquino en múltiples textos: comentarios a las sentencias, en la Suma Contra Gentiles, en la Suma Teológica, en el De Veritate, De malo, etc. Especialmente es importante el texto contenido en la Suma Teológica, en donde el Aquinate refiere que la operación de potencia intelectual se asemeja al reposo, mientras que la operación de la potencia apetitiva se asemeja más al movimiento. Vid. Tomás de Aquino. S.T. I, q. 81, art 1.

³³⁹ La particular condición humana del juez le posibilita abrirse a la realidad –gracias a su inteligencia– y querer, desear o apetecer aquello que ella le muestra –gracias a su voluntad–. Por eso la voluntad es deseo, pero racional. Aristóteles afirma esto en el De anima, libro III, cap. 9: “la volición (boulesis) se origina en la parte racional, así como el apetito y el impulso se originan en la parte irracional”.

³⁴⁰ Vid. Sellés, Juan. *Introducción a la cuestión 22 De Veritate. Op. Cit.* 39 p.

³⁴¹ A la vez, la voluntad pone en movimiento a la inteligencia toda vez que, para conocer, se tiene que querer conocer. Allí hay una preeminencia de la voluntad sobre el intelecto: ella es el motor que impulsa a conocer. Y, sin embargo, la voluntad quiere lo que ese previamente conocido. Ambas facultades se preceden, de modo diverso, recíprocamente. El intelecto precede a la voluntad en cuanto le propone su objeto; la voluntad precede al intelecto según el orden de la moción al acto. Vid. Tomás de Aquino De pot. Q. 10, art. 4, ad 17 y De malo, q. 6. Ad 18.

es su objeto propio, es, esencialmente, práctica. De este modo, así como la realidad del derecho mueve el intelecto del juez, la realización efectiva del mismo, mueve su voluntad³⁴². Son dos potencias distintas, con distintos objetos y, por ende, con diversa intencionalidad, actuando de manera conjunta en un único acto: el acto judicial³⁴³.

La realización efectiva de los derechos exige que el acto de la voluntad elija en el mismo sentido que la inteligencia muestra, lo cual es también evidencia de la distinción entre lo intelectual y lo volitivo a la que se ha venido aludiendo. Empero, conviene aclarar que, si bien el juez está capacitado intelectivamente para hallar la verdad sobre el derecho de una persona, y su voluntad para inclinarse a ella, ello no acontece de manera necesaria; se precisa que estas facultades estén bien dispuestas y orientadas hacia sus objetos propios³⁴⁴. Si el juez inclina su voluntad hacia fines distintos al que se desprende de propia realidad del derecho, el acto humano judicial que

³⁴² Para ahondar en esta diferencia puede consultarse a Sellés, Juan. F. *Conocer y amar. Estudio de los objetos de las operaciones del entendimiento y de la voluntad según Tomás de Aquino*, Op. Cit. Cap. I y II.

³⁴³ Otro hecho que muestra la distinción de estas facultades es el que la inteligencia sea posesiva de su objeto, mientras que la voluntad esté separada de su fin. En materia de decisión judicial esto explica el por qué, en algunos casos, aunque el juez sabe de quién es el derecho y tiene que darlo por la exigencia que se desprende del mismo, no siempre lo realiza de manera efectiva, lo cual no significa que ello represente un bien para el titular del derecho y para la sociedad; simplemente indica que dicha posibilidad se da, por la naturaleza misma de la voluntad. Vid. SELLÉS, Juan. F. *introducción a la cuestión 22 De Veritate*. Op. Cit. pp. 15. 16.

³⁴⁴ El juez que no realiza de manera efectiva los derechos, produce una escisión en su voluntad, por cuanto, aunque la inteligencia le muestra el bien exigido, ésta no se inclina hacia él. Esto se da porque la voluntad es indeterminada respecto de objetos concretos; no así frente al bien en general. De allí, la importancia que tiene la prudencia para la función judicial. La ponderación prudencial se caracteriza porque, si bien en ella es importante la aplicación de las reglas de la lógica y la argumentación, lo es más, el que el juez tenga una voluntad recta, que le posibilite elegir el fin propio del acto judicial y los medios necesarios para hacer efectivo el derecho a quien es su titular; si no tiene esa rectitud de voluntad, cualquier rigor lógico-formal, estará condenado al fracaso y el juez terminará decidiendo de cualquier manera, poniendo, incluso, la lógica y la argumentación, al servicio de los fines que se ha propuesto. Por eso, cuando se habla de un *buen* juez, se alude a alguien que, no solamente conoce de retórica y argumentación, sino que su voluntad se orienta hacia el fin para el cual ha sido constituido como juez, esto es, la administración de justicia. Cfr. Pieper, Joseph. *Las virtudes fundamentales*. Op. Cit. pp. 56.

realiza se vicia de fondo, precisamente por la unidad y la irreductibilidad del acto que se desprende de la unidad e irreductibilidad de las facultades³⁴⁵.

En síntesis, la decisión judicial, en cuanto acto humano, es el producto de una voluntad que actúa unida a la inteligencia que le orienta en su ejercicio u operación, sin confundirse con ella. La unidad y distinción que existe entre estas dos facultades superiores, revela que el juez siempre tendrá que habérselas con la realidad y, allí, discernir, deliberar, elegir y finalmente decidir³⁴⁶. Este proceso integra actos diversos de la inteligencia y de la voluntad que convergen en la decisión sobre el derecho³⁴⁷.

Las consideraciones hechas hasta ahora respecto de la actividad volitiva presente en el acto judicial jurídico, muestran una concepción de la libertad de arbitrio que está en consonancia con la realidad de la persona³⁴⁸. La afirmación de la unidad e irreductibilidad de lo intelectual y de lo volitivo presentes en el acto judicial jurídico, es también la afirmación de la unidad propia del ser humano y de su especial dignidad³⁴⁹. Cuando

³⁴⁵ Afirma el Aquinate que inclinarse a lo que no conviene, “no es libertad, ni parte de la libertad, sino un signo de ella. Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 22, art. 6.

³⁴⁶ Por eso, Aristóteles afirma que el ámbito de lo voluntario es más extenso que el de la elección: “no todo lo voluntario es objeto de elección”. Hay acciones hechas súbitamente llamadas también voluntarias, pero no elegidas. Sin embargo, el hombre continente actúa por elección y no por mera apetencia. También aclara el estagirita que la elección o es volición porque se puede desear algo imposible, pero no se puede elegir, en cuanto imposible. De allí que la elección es más de los medios que conducen al fin que del fin mismo en general; si se eligen los fines particulares. Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco* III, 2 y Tomás de Aquino, *C.G.* I, 75.

³⁴⁷ Proceso que es complejo y, por eso, hoy se dispone de múltiples teorías que tratan de explicarlo; complejidad que se hace aún mayor si se tiene en cuenta que, toda elección del juez pasa, indefectiblemente, por sus disposiciones subjetivas, las cuales cumplen su papel al momento de proferir una providencia. En razón de lo anterior, en la filosofía medieval se repetía este axioma: “según cada cual es, así le parece el fin”. Ello indica que en al acto de elección que hace el juez, está implicado un juicio práctico por el cual él estima la conveniencia de algo; y esta valoración se realiza con base en el fin buscado, pero también intervienen en él, las disposiciones subjetivas del fallador. Como lo afirmara Agustín de Hipona, no necesariamente porque se sepa que algo es bueno, se quiere y se realiza. Agustín de Hipona. *Confesiones*, Madrid: Ciudad nueva, 2003, VIII, 8.

³⁴⁸ La acción humana libre no se despliega allende de la realidad—objeto del entendimiento—, sino conforme a ella; así, para saber hacia dónde orientar el querer de su voluntad, el juez necesita de la luz de la inteligencia. Tomás de Aquino, *S.T.* I-II, q. 13, art 1 c.

³⁴⁹ Por el hecho de ser personas todos los seres humanos somos dignos ontológicamente. Sin embargo, mediante el uso de nuestras potencias, podemos dar cuenta de esa

la persona actúa, lo hace toda ella, de tal manera que si se considera el movimiento de sus facultades superiores en términos de ejercicio del acto, el principio de la moción viene de la voluntad y no de la inteligencia³⁵⁰; pero, a la vez, la voluntad se queda perdida y sin dirección si no está guiada por lo que la inteligencia le muestra³⁵¹. Por eso, el primer principio del acto humano judicativo jurídico es el de la recta razón, cuyo estudio se aborda a continuación³⁵².

2.2.3. LA RECTA RAZÓN EN EL ACTO HUMANO JUDICATIVO JURÍDICO Y EL MÉTODO PRUDENCIAL COMO SU FORMA PROPIA DE DELIBERACIÓN

Como se ha indicado, en el acto judicativo jurídico, por ser acto humano, la libertad de arbitrio del juez, no solamente existe, sino que es determinante. En esa libertad de elección, la *recta razón* se constituye en principio necesario para alcanzar decisiones que realicen de manera efectiva los derechos. Por la recta razón, la voluntad del juez se orienta directamente a la realidad del derecho y al deber de realizarlo; ella está ligada a la búsqueda de la verdad del derecho –objeto de su inteligencia– y de la realización efectiva del mismo –en cuanto bien al que se ha de inclinar su voluntad–. Por ende, el

dignidad haciendo cosas que nos eleven, o afectarla haciendo cosas que nos dañen. Sin estas precisiones conceptuales, cualquier fundamentación de los derechos en la propia realidad personal –que encierra esta especial dignidad–, es débil; en esta línea se hallan aquellos intentos de fundamentación que consideran que el concepto de dignidad es producto de una construcción colectiva, en donde la acción desplegada por el hombre, deviene indiferente frente a lo perfeccionante, esto es, a lo bueno. Conviene no olvidar que, con su obrar, el hombre puede afectar su propia dignidad. Vid. Martínez Porcell, Joan. *Personalismos actuales y persona en Tomás de Aquino*. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1994, en la fundación Balmesiana con ocasión de la festividad de Santo Tomás de Aquino. En: e-aquinas 2, 2004, 5 p.

³⁵⁰ Tomás de Aquino. *De Malo*, 6.

³⁵¹ El inicio de la actividad volitiva del juez es *intentio finis*, es decir, está en la *inclinación hacia algo* que le muestra la inteligencia. Esta inclinación puede darse hacia objetos diversos, e incluso contrarios, tal como se ha señalado. La voluntad del juez adhiere a estos objetos de manera mutable, acogiendo uno y abandonando otro: es voluntad libre. Como señala el Aquinate, la voluntad quiere libremente y, por tanto, aunque en cuanto potencia –ut natura– está inclinada a una y misma cosa –el bien– (determinación ad unum de la voluntad), su condición libre, hace que se puede inclinar a bienes diversos e, incluso, opuestos. Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 25, art. 1.

³⁵² Vid. Tomás de Aquino, S. T. I-II, q. 66, art 1.

acto de juicio que realiza el juez implica la aceptación de la existencia de la realidad como fuente de verdad, y del bien, como lo máximo deseable por parte de la voluntad. El acto de juicio que hace el juez implica, por tanto, el reconocimiento de la existencia de la realidad como fundante de la verdad –tal es el sentido de la actividad probatoria dentro del proceso judicial–, y del bien en tanto realización efectiva del derecho, como lo máximo deseable por parte de la voluntad. Como se ha indicado, las decisiones judiciales implican una intencionalidad –una “tensión hacia”–, hacia la realidad del derecho, que impele ser realizado³⁵³.

La recta razón esclarece el criterio del obrar que debe seguir el juez; es por ello que el método o forma propia de deliberación que sigue quien busca obrar con recta razón es el prudencial. El método de la prudencia posibilita el conocimiento respecto de lo que conviene hacer y el mejor modo de llevarlo a cabo en la situación particular y concreta³⁵⁴. En razón de ello, quien obra

³⁵³ Esta visión del juez permite asumir una postura crítica respecto de aquellas concepciones que, de manera excesiva, asimilan el derecho en general –y la capacidad de juicio del juez, en particular– a componentes psicológicos que, si bien son importantes en la racionalidad práctica, no se identifican con ella. Los estados emocionales producto de la excesiva sensibilidad, si bien presentes en la vida personal del juez, no son los que determinan su juicio. Si eso fuera así, no habría posibilidad de hablar de decisiones correctas, o justas, o que realicen efectivamente derechos. Dentro de las tendencias que niegan la existencia de la *recta ratio*, está la expresada por Alf Ross en su libro “Tú-Tú”, en donde se parte de la idea de que el derecho es una guía de conducta, construida sobre la base de “sin-sentidos” como el tabú “tú-tú”: una fuerza peligrosa sobre persona que amenaza la comunidad y que necesita purificación. Así, Tú-tú, que implica órdenes, reglas, prescripción o guía para la conducta, solamente al emplearse dentro de unos enunciados, cobra sentido. Tu-tú funciona como expresión descriptiva y prescriptiva. Así, las normas jurídicas con las que Ross identifica el derecho, así como los derechos subjetivos, son como tú-tú: no tienen referente semántico real, solamente contextual. Un ejemplo de esto, según Ross, es el derecho de propiedad: es un término sin sentido, sin referente semántico alguno. Es sólo un medio de presentación, una simplificación sistemática que puede hacerse de varias formas y, por eso, las categorías de derechos cambian de un sistema jurídico a otro. Así, los derechos son una técnica de presentación. El concepto de Derecho subjetivo no designa circunstancia alguna: no es un hecho. Es un artificio técnico de presentación que sirve a ciertos fines sistemáticos y que, en sí mismo, no significan ni más ni menos que tú-tú. Vid. Ross, Alf. *Tú-tú*, *Op. Cit.* pp. 29 y ss.

³⁵⁴ De allí que la prudencia haya sido puesta por la filosofía clásica dentro de las fuerzas intelectuales que el hombre puede cultivar. Por la prudencia, se valoran las circunstancias concretas y las consecuencias que pueden llegar a tener los actos y sus efectos secundarios, para lo cual, inclina a pedir consejo frente a las acciones

con prudencia lo hace producto del contacto de su capacidad intelectual con lo real; allí, descubre la existencia de los primeros principios de la razón aplicada al obrar³⁵⁵, la realidad del derecho con sus notas estructurantes y las circunstancias concretas del caso que ha sido sometido a su juicio³⁵⁶. El conocimiento de estas realidades, capacita al juez para administrar justicia con rectitud; desconocerlas o no aplicarlas genera tal disconformidad de su acción con la realidad, que su obrar afecta el derecho de la personas y, como corolario, el orden social³⁵⁷.

La deliberación prudencial tiene, por tanto, un carácter cognitivo. Quien obra prudentemente ve la realidad y actúa conforme a dicha realidad; *contrario sensu*, el imprudente es quien actúa sin atender a la realidad o

particulares que revisten complejidad. Por eso, el juez prudente está atento a las contingencias concretas y mudables de su acción: “la realidad práctica es rebelde a la mejor teoría (...) es imprevisible, mudable, variada y libre, llena de mil circunstancias aleatorias” Y, así como un juez prudente hace mucho bien a la sociedad, el imprudente le genera mucho daño porque afecta los derechos de las personas. Vid. Yepes, *fundamentos de antropología*. pp. 135; Vid. Aristóteles *Ética a Nicómaco*, IV, 10.

³⁵⁵ Éstos, son revelados al hombre por la *sindéresis* en la que se funda todo acto particular: hay que hacer el bien y evitar el mal. Vid. Pieper, J. *Las virtudes fundamentales*. *Op. Cit.* p. 43.

³⁵⁶ A partir de estos principios –así como de aquellos principios y normas que integran el ordenamiento jurídico– el juez tiene que habérselas con cada caso que le presenta una situación diferente, lo cual representa un problema no siempre sencillo de solucionar. Históricamente, se han seguido caminos como el de tendencia logicista, en donde el juez decide las controversias jurídicas a través de la aplicación de silogismos; otros, han optado por la vía voluntarista en donde se da un amplio margen de discrecionalidad al juez en la determinación de la norma concreta que va a solucionar el caso, especialmente, frente a casos difíciles; finalmente, está la solución de quienes acuden a la racionalidad del juez en su uso práctico. Dentro de esta tercera línea de pensamiento, pueden distinguirse, a su vez, dos vertientes teóricas: una, la seguida por una buena parte de los teóricos del derecho de los últimos treinta años, que sigue las huellas del idealismo alemán y que, si bien han vuelto sus ojos hacia el uso práctico de la razón en materia de decisión judicial, siguen atados al procedimentalismo –como sucede con Robert Alexy–, o hablan de principios pero contruidos consensualmente –como sucede con Ronald Dworkin–, o hablan de la persona como fundamento del derecho, pero con una concepción de la misma que niega toda consideración metafísica sobre la misma y la reduce a lo relacional –como acontece con Arthur Kaufmann–; la otra vertiente es la propugnada por el realismo jurídico de corte aristotélico-tomista, que corresponde al marco teórico que está a la base de las reflexiones contenidas en este escrito. Vid. Cárdenas, A y Guarín, E. *Filosofía y Teoría del Derecho*. *Op. Cit.* pp. 204-205 y 257; Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. *Op. Cit.* pp. 197-200.

³⁵⁷ Vid. Pieper, J. *Las virtudes fundamentales*. pp. 42.

quien viéndola, no actúa conforme a ella. Por tal razón, a quien obra en contra de la prudencia se le llama necio –nec scire, esto es, no sabe o no ve por dónde va–³⁵⁸. Con la prudencia, el juez aprehende la realidad sobre la que delibera y, luego, ordena el querer de su voluntad según el conocimiento que ha sido aportado por la inteligencia³⁵⁹. El proceso de la prudencia comienza, por tanto, con la deliberación y, a través, del juicio, termina con la realización concreta de la acción, en un acto de imperio. Así, además de cognitiva, la deliberación prudencial es imperativa. En virtud de este doble carácter –cognitivo e imperativo–, la deliberación prudencial posibilita la fidelidad a la verdad que, en el acto de justicia, corresponde al derecho: la prudencia ayuda a decir con verdad en la sentencia, qué es lo justo –lo de cada uno– en cada caso concreto³⁶⁰. Por eso, el derecho es la medida del obrar para el juez que delibera prudentemente³⁶¹. Sin atender al derecho, no hay posibilidad de administrar justicia con corrección. La recta razón a la que conduce la deliberación prudencial del juez, aprehende la realidad del derecho, y ordena el querer y el obrar en la situación particular y concreta, para hacerlo efectivo³⁶². Cuando ello sucede, se está frente a una recta administración de justicia.

De lo anterior, emerge otra nota característica del método prudencial: el “saber-dejarse-decir-algo”³⁶³. Producto de la apertura a lo real, la vía de la prudencia exige indagar y pedir consejo³⁶⁴. La complejidad que encierra el acto judicativo jurídico, exige de quien delibera prudencialmente, acudir al

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ Cárdenas, A. y Guarín, R. *Filosofía y Teoría del Derecho. Op. Cit.* pp. 30-31.

³⁶⁰ Massini, Carlos. *La Prudencia Jurídica, Introducción a La Gnoseología del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, pp. 23, 48 y 68.

³⁶¹ Por su naturaleza intelectual, la deliberación prudente se detiene en la especificación de lo debido y, con el concurso de la voluntad, produce el acto concreto. Por eso, en el orden prudencial, interviene de manera determinante la voluntad mueve a la realización de aquello que la inteligencia le presenta en orden a la realización del derecho. Ibid. 86 p.

³⁶² Por la vía de la prudencia el juez –como todo ser humano– es capaz de determinar los medios que la voluntad debe escoger para alcanzar su fin. La prudencia dicta lo que es necesario hacer para obrar conforme a la razón. Esta tesis es propia del pensamiento realista. Cfr. Gilson, Etienne. *Santo Tomás de Aquino*, Crisol-Aguilar, Madrid, 1949, pp. 346.

³⁶³ Pieper, Joseph. *Las virtudes fundamentales. Op. Cit.* pp. 49.

³⁶⁴ Tomás de Aquino, S.T. II-II, q. 47, art 8.

conocimiento de otros, sobre todo de quienes tienen más experiencia³⁶⁵. De allí la importancia que tienen los precedentes judiciales que, cuando han juzgado con rectitud—confiriendo el derecho—, se convierten en un referente al que puede acudir el juez para solucionar el caso particular sometido a su juicio. En la deliberación prudencial, quien juzga se vale de las experiencias de otros a las que acude por vía de consejo —léase “precedente objetivo”—, y las aplica a las exigencias que presenta cada situación, buscando con prontitud los medios adecuados para realizar de manera efectiva los derechos.

Otra nota propia de la deliberación prudencial es que “aplica los principios universales a las conclusiones particulares del orden de la acción”³⁶⁶. A través de la prudencia, el juez discierne la existencia del derecho en el caso particular a partir de las pruebas recaudadas en el proceso. Esto se da en un proceso dialéctico en donde cuentan el fin —hacer efectivo dicho derecho— y los medios para alcanzarlo. Así, el método prudencial permite al juez conocer las circunstancias concretas en las que existe el derecho, así como los principios generales y objetivos de la conducta que han de aplicarse en esas circunstancias particulares³⁶⁷. Lo anterior indica que el método prudencial es a la vez analítico y sintético: analítico, por cuanto en él se toman los principios y las normas, y se interpretan buscando su auténtico sentido; y sintético, por cuanto, a partir de la situación que plantea el caso concreto, éste se resuelve con base en las normas analizadas, pero con la posibilidad de ir más allá de ellas para garantizar de manera efectiva los derechos³⁶⁸. Arthur Kaufmann refiere a esto cuando afirma que, en su labor de aplicación del derecho, el juez lo que hace en últimas es, a través

³⁶⁵ Ibid. q. 49, art. 3 y art. 6.

³⁶⁶ Massini, Carlos. *La Prudencia Jurídica, Introducción a La Gnoseología del Derecho*. Op. Cit. 36 p.

³⁶⁷ El camino de la deliberación prudencial exige a quien juzga interpretar los textos normativos para aplicarlos al asunto particular y concreto. Este interpretar consiste en atribuir un sentido determinado a un signo lingüístico que le es dado al juez en la norma. Ciertamente la labor interpretativa no es exclusiva de los jueces, pero sí lo es que la interpretación que realiza está ordenada a algo que va más allá del mero conocimiento de los significados de los significantes: su interpretación es práctica, es decir, está ordenada a la acción de dar el derecho. Confluyen allí, pues, lo teórico y lo práctico; la interpretación de las normas para hallar la que mejor solucione un determinado caso, con la acción concreta realizadora del derecho. Ibid. pp. 66-78.

³⁶⁸ Como se señaló en la parte introductoria, esta es la vía metodológica asumida por el autor de estas líneas para demostrar la tesis propuesta.

de un procedimiento analógico, juntar la realidad del caso concreto con lo ideal que está contenido en la norma; esa unión la hace el juez a través del *sentido*. En el camino de la prudencia, confluyen, por tanto, los dos modos principales con los que la inteligencia humana procede ordenadamente al logro de la verdad³⁶⁹.

La deliberación prudencial, también da la posibilidad al juez de fallar en ausencia de norma, o dejar de aplicar una norma en determinadas circunstancias, si con ello se realiza de manera efectiva el derecho de una persona³⁷⁰. Con base en el razonamiento prudencial el juez puede hallar el derecho en caso de vacío normativo, acudiendo a los elementos estructurales que conforman la realidad jurídica estudiados en el primer capítulo de esta segunda parte del texto, y al análisis de casos semejantes –vía analógica–. De igual forma, prudencialmente quien juzga puede apartarse de la literalidad de la ley para desvelar en ella su espíritu intrínseco, superando la estrechez de significado a la que a veces somete el lenguaje, mediante la aplicación de la equidad³⁷¹. Siempre habrá

³⁶⁹ Massini, Carlos. La prudencia jurídica. *Op. Cit.* pp. 79.

³⁷⁰ “Quien dice que la letra de la ley no debe ser aplicada en tal circunstancia, no juzga de la ley, sino de un caso bien concreto que se presenta.” Tomás de Aquino, S.T., II-II, q. 120, art 1.

³⁷¹ La equidad o epiqueya –a la cual se hizo alusión en un pie de página anterior– es principio de unidad de las diversas clases de leyes, dinamiza el derecho y matiza la justicia con otras virtudes. En esa línea de pensamiento, Javier Hervada sostiene que la equidad o epiqueya atempera el deber y acomoda el derecho al caso particular. La función de la equidad es mejorar la justicia para favorecer el bien común y hacer de las relaciones humanas, relaciones con más humanidad. Esa atemperación se da por benignidad, misericordia, solidaridad, etc. Los sujetos de la equidad son el gobernante, el juez, o el titular del derecho; como también lo es el sujeto destinatario de la ley quien, por equidad, puede dejar de aplicarla si le es nociva. La equidad da cierta satisfacción del derecho en esos casos en donde no es posible lograr la satisfacción plena, ya que la equidad permite cancelar la deuda correlativa. Es el caso en el cual un homicidio se compensa con dinero. La equidad se aplican esos casos en donde, atenerse al estricto derecho, sería la suma injusticia: “summum ius, summa injuria”. El arte del jurista es el arte de lo justo y de lo equitativo. Vid. Hervada, Javier. Introducción crítica al derecho natural. *Op. Cit.* pp. 36 ss. Por eso, la epiqueya es principio de “armonía y consonancia” social más allá de los límites de la ley positiva, de acuerdo con las exigencias del derecho y del bien común. Uno de los casos en los que el juez puede aplicar la epiqueya se presenta, por ejemplo, cuando las leyes humanas atentan con la dignidad de la persona y los derechos que, de su naturaleza, se desprenden. La voluntad del hombre no puede cambiar la naturaleza. Por lo cual, si la ley escrita atenta contra la realidad personal del hombre, no debe juzgarse según ella. Vid. Cardenas, Alberto & Guarín, Edgar. *Filosofía y Teoría del Derecho*, *Op. Cit.* pp. 67.

casos excepcionales que no pueden subsumirse dentro de una norma o escapan a la generalidad de la misma, por lo que demandan un juez que, obrando prudencialmente, dé el derecho a quien lo tiene.

En razón de la interacción de procesos lógicos analíticos y sintéticos, el método prudencial es esencialmente dialéctico y sus conclusiones, por tanto, son las más convenientes. Eso significa que su dialéctica no es la misma de las ciencias especulativas en las que se buscan conclusiones necesarias; la dialéctica prudencial tiene como característica el que parte del conocimiento de la realidad del derecho en cada caso para aplicarlo a una situación fáctica concreta de naturaleza práctica y contingente³⁷². Así, la decisión judicial correcta dependerá de su conformidad con la existencia real del derecho en el caso particular —lo cual, en ocasiones, demanda un ejercicio intelectual exigente—, y una voluntad que, con prontitud, tienda hacia aquello que la inteligencia le ilumina. La realización efectiva de los derechos, precisa, por tanto, que la voluntad del juez se dirija con rectitud a aquello que la inteligencia le muestra. Allí, la deliberación prudencial es fundamental, tal como se ha indicado³⁷³.

Corolario de lo anterior, puede afirmarse que el juez que realiza el acto judicialivo jurídico con deliberación prudencial, atendiendo a los requerimientos del caso concreto y a las exigencias de la realidad jurídica. Para ello: “1) [...] deberá ejercitar la memoria, mediante la cual él y la tradición jurídica conservan saberes prácticos acerca de la cosa —el derecho— que está en juego. 2) Procurará la inteligencia o comprensión total del caso presente. 3) Prestará atención a los saberes (sociales y jurídicos) que pueden arrojar luz sobre el caso. 4) Estará pronto a la búsqueda de los medios

³⁷² Salvo en el caso del primer principio de lo práctico que es universal y necesario: “hay que hacer el bien y evitar el mal”, las normas y principios de los que se parte para fundamentar un fallo están sujetos a interpretaciones e, incluso, controversias, lo cual muestra la complejidad del razonamiento práctico-prudencial. Contingencia aquí, por tanto, no significa relativismo sino coherencia y correspondencia de la decisión a las circunstancias concretas, para confirmar en ellas el principio.

³⁷³ El uso práctico de la razón conoce la verdad, pero ordenada a la acción, en donde el fin representa un bien real y objetivo. Por eso, ya se trate del plano de los principios como del de las aplicaciones inmediatas, en el ámbito de lo jurídico no es precisa la posesión de la virtud de justicia para el logro de juicios verdaderos; ellos lo serán si están de acuerdo con la realidad de los fines debidos y de los medios efectivamente adecuados para su logro, esto es, si están de acuerdo con el derecho. Massini, Carlos. *La prudencia jurídica*. Op. Cit. pp. 209-210.

jurídicos adecuados al caso: fuentes formales del derecho. 5) Ejercitará el razonamiento y la inferencia en la aplicación de los principios jurídicos. 6) Preverá y adecuará los medios normativos a los fines del ordenamiento jurídico. 7) Indagará las circunstancias sociales, políticas y económicas que rodean el caso. 8) Tendrá precaución frente a las consecuencias de la decisión judicial o de la conclusión jurídica. Se supone en el juris-prudente [...] la concomitancia de los hábitos conexos: evitar la precipitación, el voluntarismo o la pasión al decidir (*eubulia*); rectitud en el juicio (*synesis*) y capacidad de apartarse de la norma inferior en función de las exigencias de principios o normas superiores (*gnome*). Atenerse a la “razón de prudencia” exige partir de la “naturaleza de la cosa” antes que de la prescripción normativa, que puede funcionar muchas veces como lecho de Procusto, distorsionador de la realidad”³⁷⁴.

El juez que delibera prudencialmente, debido al carácter alteritivo tanto de su inteligencia como de su voluntad —como se ha indicado—, busca realizar de manera efectiva los derechos ajenos, lo cual —al hacerse efectivo— contribuye de manera significativa a la consecución del orden social que es uno de los elementos que integran el bien común, tal como se analiza a continuación.

2.2.4. LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS Y SU IMPORTANCIA DECISIVA PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ORDEN SOCIAL

La afectación de los derechos producto de un fallo judicial injusto, incide de manera negativa en el mantenimiento de la paz y la armonía social³⁷⁵.

³⁷⁴ Cardenas, Alberto & Guarín, Édgar. *Filosofía y Teoría del Derecho*. Op. Cit. pp. 65 y ss.

³⁷⁵ Este hecho pone de presente —entre otras cosas— la relación estrecha que existe entre la prudencia jurídica, estudiada en el numeral anterior, y la prudencia política. Tanto el gobernante como el juez requieren de la sabiduría práctica que es orientadora de la propia conducta y de la conducta de aquellos sobre los que se ejerce autoridad. Sobre esta relación escribe Ronald Dworkin: “deben decidir los casos difíciles interpretando la estructura política de su comunidad de la siguiente, quizá especial, manera: deben intentar encontrar la mejor justificación que puedan hallar, entre los principios de la moral política, de la estructura en su conjunto, desde las normas y acuerdos constitucionales más básicos hasta los detalles, por ejemplo, del Derecho privado de daños o contratos.” Dworkin, Ronald. “Natural Law Revisited” (Retorno al derecho natural), *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, invierno de 1982, pp. 165-188, En “*Derecho y Moral: ensayos analíticos*”, Barceolna: Ariel, 1990, pp. 21 y 24.

En ejercicio de su función, el juez que obra prudente delimita el contenido concreto del *debitum* –que es lo específico del derecho– y establece en qué consiste estrictamente la dación o acción que se debe, generando con ello, un orden entre las personas y sus cosas, que es constitutivo fundamental del orden que requiere la sociedad para vivir bien³⁷⁶.

Cuando una persona es víctima de la injusticia que genera una decisión judicial que conculca sus derechos, surge inconformidad y, con ella, violencia; allí se rompen los vínculos de unidad social y se afecta la convivencia pacífica³⁷⁷. Por eso, la decisión judicial tiene tal trascendencia para la vida social, que el orden social alcanzado cuando los derechos se realizan, es otro de los aspectos que el juez, a través del razonamiento prudencial, ha de tener en presente al momento de proferir sus sentencias. La recta administración de justicia es un bien común. La realización del fin propio de la función judicial es una exigencia del orden social. El bien personal que representa para el sujeto titular de derechos el que sus cosas estén bajo su dominio, se conjuga, entonces, con el bien común de la sociedad³⁷⁸. No es posible la

³⁷⁶ Tomás de Aquino. ST., II-II, q. 58, art. 12.

³⁷⁷ Con todo ello, se atenta contra el bien de todos. Este bien de todos es el bien común, que, si bien integra el bienestar material, no se limita a él. El malestar que genera, por citar ejemplo, una decisión judicial que niega a una madre su legítimo derecho a gozar de la compañía de su hijo, no refiere a algo material y, sin embargo, afecta el bien de una persona y, por esa vía, al bien común que, por el hecho de ser *bien*, tiene por objeto no solamente lo útil o deleitable, sino lo honesto. El bien común es el conjunto de *cosas*, tanto materiales como inmateriales, que aseguran la subsistencia del todo social. Vid. Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1945, 97 p. El Aquinate lo define como el “*conjunto de bienes suficientes para asegurar la más perfecta operación de la vida*”. Estos bienes son materiales y espirituales; los primeros, para asegurar lo útil; los segundos, para alcanzar felicidad. Tomás de Aquino, ST., I-II, q. 3, ad. 2.

³⁷⁸ Por eso, el bien común es un bien personal –un bien para la persona–, pero no es un bien particular o privado: no es el bien de cada uno, sino el bien que se construye con la participación de todos y, por ende, tiene una naturaleza superior. Prueba de lo anterior es que un bien individual como el de la libertad, no se puede desplegar sin paz que es uno de los bienes comunes más deseados. La paz social no está al alcance de nadie en cuanto persona privada, sino que es un logro de toda la comunidad que se ayuda mutuamente. Sobre esta compleja relación entre el bien particular, el bien personal y el bien común “contrastan en Tomás –de Aquino– dos tipos de textos: los que parecen hipertrofiar el bien del todo social y los que parecen privilegiar el bien de la persona. Pero no hay contradicción, pues pretende equilibrar dos verdades: la del necesario compromiso social y político de los individuos y la de la vocación trascendente de cada persona como “*causa sui*” (causa de sí misma) o “*providentia*

convivencia pacífica y armoniosa en una sociedad, cuando los derechos de las personas son vulnerados por decisiones judiciales; de allí la importancia que tiene la función judicial –ejercida con corrección o rectitud– para la pacífica convivencia social³⁷⁹. Los fallos judiciales que dan el derecho a quien legítimamente lo tiene, constituyen un bien para la persona del titular, para la persona misma del juez, y por transferencia, para toda la sociedad³⁸⁰.

La tendencia generalizada que existe en la actualidad a hacer girar las decisiones judiciales en torno a las libertades individuales –consideradas como absolutas–, en donde la máxima de “no intromisión en la vida del individuo” se erige como lo más importante, genera consecuencias para el orden social que invitan a su reconsideración, por cuanto convierte el espacio público en un lugar de confrontación. El desmesurado énfasis en lo individual se ha convertido en un factor desintegrador de la sociedad, en razón del reduccionismo antropológico que está en su raíz³⁸¹; con ello, se deja de lado el hecho de que el hombre es un ser social por naturaleza y que la defensa a ultranza de sus particulares deseos convertidos en libertades puede contrariar la vida en común, no solamente porque con ello se puedan

sui” (auto-providencia). Es cierto que “todo el hombre se ordena a toda la comunidad de la cual es parte como a un fin” S.T. II-II, q. 85, art. 1. Pero también es cierto que “El hombre es naturalmente libre, existiendo para sí mismo” S.T. II-II, q. 64, art 3; que “persona significa aquello que es más perfecto en toda la naturaleza” S.T. I, q. 29, art 3; que “el hombre no se ordena a la comunidad política según todo él y según todo lo suyo” S.T. I-II, q. 21, art 4, ad 3. Vid. Cardenas, Alberto y GUARÍN, Édgar. *Filosofía y Teoría del Derecho. Op. Cit.* pp. 75.

³⁷⁹ Afirma Millán Puelles, “subordinarse al bien común es realmente elevarse; romper las ataduras que, al ligarnos al bien particular, impiden que éste se integre en el de todos, que es objetivamente un bien más alto” Millán Puelles, Antonio. *Persona humana y justicia social*. Madrid: Rialp, 1976, 3ra ed. 56 p.

³⁸⁰ Vid. De Koninck, Charles. *De la primacía del bien común*. Trad. Artigas. Ed. Cultura Hispánica. Madrid, 1952, pp. 34. Cit. Ossandón, Juan Carlos. Conferencia intitulada “Bien común y libertad personal”, En: *VIII Semana Tomista Argentina*, Buenos Aires, 1983, memorias.

³⁸¹ Este reduccionismo es el de la visión del hombre como individuo y no como persona. “En sí el individuo se concibe como (...) cerrado en sí mismo y oponiéndose al otro individuo. La persona (...) es el hombre que trasciende al mundo (...) abierto a todo ser, capaz de entrar en comunidad con las demás personas (...) El individualismo es una de las notas predominantes en nuestro siglo. Cada quien se empeña en defender su pequeño mundo (...) vivimos insertados en una sociedad que denominaríamos “yoísta”, negando siempre la sociedad del “nosotros”. González, Luis, et alt. *Antropología: perspectiva latinoamericana*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1988, 217 p.

conculcar derechos ajenos, sino porque se pierden los referentes supra-individuales necesarios para la consecución de bienes comunes –de los que todos los miembros de una sociedad participan– como la seguridad, el orden, la paz, la solidaridad y, especialmente, la justicia.³⁸²

En este contexto, las decisiones de los jueces se convierten en un medio para asegurar a las personas sus deseos y sus proyectos, invocando para ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad³⁸³. La interpretación de dicho derecho por parte de la jurisprudencia en Colombia, muestra la centralidad que éste representa para la administración de justicia. Se le considera como la máxima expresión de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, y como una regla general, consistente en hacer lo que se quiera³⁸⁴. En razón de ello, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se ha puesto por encima de derechos como la vida humana³⁸⁵. Sobre este sustrato, las maneras que adopta la autonomía de cada persona, se van convirtiendo también en “derechos”, generándose un caos judicial, por cuanto los jueces ven sus despachos atiborrados de procesos que demandan la protección de intereses individuales, y también, un desorden jurídico-social, por cuanto la sociedad se desintegra por la ausencia de principios que superen la esfera de lo individual, a expensas de intereses particulares.

Las consideraciones hechas a lo largo de este capítulo respecto de la actividad del juez, a través de las cuales se ha mostrado que el acto judicial jurídico exige el concurso de las facultades intelectual y volitiva del juez para alcanzar la finalidad que le es propia, no significan, en modo alguno, la afirmación de que, por poner en acto dichas potencias, las decisiones

³⁸² El neoconstitucionalismo y el personalismo exacerbado que concibe al hombre como un ser que se auto-constituye y constituye su mundo en el ejercicio de su libertad, ha contribuido a la consolidación de la ruptura entre el bien personal y el bien común. Vid. Ordóñez, Alejandro. Personalismo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común. En: “El bien común, cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas”. *Op. Cit.* 92 p.

³⁸³ Este derecho aparece por primera vez en la Ley Fundamental alemana de 1949, que tuvo influencia en la Constitución Política de Colombia del año 1991. El concepto de libertad que está a la base de la formulación de este derecho es de la “falta de coacción tanto psíquica como física”. Muñoz, Blanca. Theodor W. Adorno: *teoría crítica y cultura de masas*, Madrid, Fundamentos, 2002, 258 p.

³⁸⁴ Vid. Corte Constitucional. Colombia, sentencia C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸⁵ Vid. Corte Constitucional. Colombia, sentencia C-355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

judiciales puedan llegar a ser infalibles. Al contrario, la experiencia muestra que en ocasiones se conoce más, y en otras, se conoce menos; y a veces la voluntad se inclina hacia un bien aparente. Esto sucede porque el ser humano no es inteligencia pura, ni voluntad pura. El intelecto entiende algo acerca de algo y la voluntad opera iluminada por dicho intelecto. Por eso, el acto humano judicativo jurídico encuentra también limitaciones que es preciso sortear para alcanzar decisiones judiciales de las que se pueda predicar corrección por su conformidad con la realidad del derecho³⁸⁶. A continuación se estudian estas limitaciones.

2.2.5. LAS LIMITACIONES EN EL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO

La inteligencia y la voluntad son facultades y, por tanto, susceptibles de ser perfeccionadas y, en tal sentido, no son absolutas. Por eso, la actividad judicativa, a la vez que puede ser perfeccionada, puede verse disminuida por impedimentos que afectan estos dos principios esenciales de los actos humanos y, por ende, la rectitud del juicio³⁸⁷. Cuando ello acontece, la libertad de arbitrio del juez se ve condicionada, y sus decisiones pueden desviarse de la finalidad que les es propia³⁸⁸. En las líneas siguientes, se aborda el estudio de algunos de los impedimentos de mayor presencia en el acto humano judicativo jurídico. Para efectos de su presentación se dividen en dos grupos: los factores personales y los factores sociales.

En lo que respecta a la persona, el más importante impedimento para la realización de un acto judicativo jurídico pleno, es la ignorancia. La falta de los conocimientos que exige la deliberación prudencial –a los cuales se ha aludido anteriormente–, que el juez puede y debe tener por su condición de tal, le impide juzgar con rectitud³⁸⁹. Por tanto, la ignorancia se presenta

³⁸⁶ A ello se hizo alusión cuando se habló de la inteligencia racional del ser humano, que no es puramente intelectual sino razonadora, lo cual mediatiza la verdad. En razón de ello, afirma el Aquinate que “*Rerum essentiam sunt nobis ignotae*”. Tomás de Aquino, *De veritate*, q. 10, art 1.

³⁸⁷ Impedimentos cognitivos como la ignorancia, la inadvertencia, el error, el olvido; y volitivos como la concupiscencia, el miedo, las pasiones y los hábitos.

³⁸⁸ Libertad que, como se indicó, le faculta para determinarse por sí mismo desde adentro. Gilson, Etienne. *El espíritu de la filosofía medieval*. Buenos Aire: Emecé, 1952, 280 p.

³⁸⁹ Por estas especiales características, la ignorancia se distingue de la nesciencia que es ausencia de conocimientos que no se tiene la obligación de poseer; de la inadvertencia

en quien juzga cuando éste, siendo capaz, no tiene los conocimientos que se requieren para realizar efectivamente los derechos de las personas³⁹⁰. La ignorancia debilita la libertad del juez, en razón de que impide el conocimiento que se requiere para que el acto judicialístico jurídico sea plenamente voluntario. Recuérdese que ya antes se insistió en que sin conocimiento no hay acto humano libre³⁹¹.

La recta administración de justicia demanda, por tanto, el conocimiento de todos los aspectos que integran lo jurídico; su ausencia, imposibilita que los derechos se vean efectivamente realizados³⁹². Es posible que la ignorancia sea buscada intencionalmente por quien juzga, con miras a alcanzar un beneficio particular para sí o para un tercero. Esta forma de ausencia de conocimiento recibe el nombre de *ignorancia afectada*. En tal evento, se

que es la falta de atención actual, aunque se tenga el conocimiento; del olvido que es privación actual de un conocimiento que se tuvo; y del error que es conocimiento equivocado sobre la verdadera realidad de las cosas. Cuando un juez incurre en error, aprueba algo que es falso como si fuera verdadero. Si un juez incurre en inadvertencia, olvido o error, afecta los derechos ajenos y se hace responsable de ello. Vid. Tomás de Aquino, De Malo, q.3, art 7; Vid. Fuentes, Miguel. *Conseguir la vida eterna*. Op. Cit. 89 p.

³⁹⁰ Tomás de Aquino trata con hondura de la ignorancia en la Suma Teológica, I-II, cuestiones 6 y 76 .

³⁹¹ Vid. Millán Puelles, Antonio. *El valor de la libertad*, Op. Cit. 86 p.

³⁹² Cuando un juez no puede salir de su ignorancia por cuanto de ninguna manera la advierte o porque en vano ha intentado eliminarla, aquella se llama invencible y su responsabilidad es nimia o ninguna por cuanto se elimina el elemento de conocimiento que es esencial al acto humano; el problema con este tipo de ignorancia, tratándose de la decisión del juez, es su difícil prueba; en principio, no se podría hablar de ignorancia invencible del juez por la dificultad que se tiene para probarla y porque serviría de excusa para que el juez falle de cualquier manera; esta será siempre una cuestión difícil de juzgar por cuanto, es real que, como seres humanos, los jueces pueden equivocarse haciendo las cosas de buena fe o sin la posibilidad de salir de su error; en tales casos, será la prudencia de quien conozca de la situación concreta, la que lleve a determinar la ausencia o existencia de responsabilidad. De otra parte, cuando la ignorancia se puede superar con diligencia y no se hace, se llama vencible, y cuando ella se presenta, existe plena responsabilidad por parte del juez. También es importancia recabar en el momento en que se da la ignorancia: si se da antes, al tiempo, o con posterioridad al acto: antecedente, concomitante y consiguiente, respectivamente. En principio, la ignorancia antecedente excusa de responsabilidad al juez, por lo menos, parcialmente; cuando la ignorancia es concomitante y consiguiente, no excusa de responsabilidad. Vid. Fuentes, Miguel. *Conseguir la vida eterna*. Op. Cit. pp. 90.

afecta en mayor grado el acto judicativo jurídico, por cuanto la voluntad del juzgador está permeada por la malicia³⁹³.

Otro impedimento personal para la realización del acto judicativo jurídico, es el que proviene de las pasiones o emociones, que inciden de manera directa en la voluntad del juez³⁹⁴. Las emociones hacen parte de la vida humana y constituyen un dinamismo que impulsa a la voluntad. Empero, el ser humano por su condición inteligente y libre, puede asumir y elevar dicho dinamismo emocional e integrarlo a su vida personal³⁹⁵. Por eso, en el acto humano judicativo jurídico se integran lo intelectual, lo volitivo y lo afectivo en una

³⁹³ “El bien y el mal son de por sí diferencias del acto de la voluntad, porque el bien y el mal de por sí pertenecen a la voluntad, como lo verdadero y lo falso a la razón, cuyo acto se distingue de por sí con las diferencias de verdadero y falso; así decimos que una opinión es verdadera o falsa. Por eso la voluntad buena y la mala son diferentes según la especie. Ahora bien, la diferencia de especie en los actos se establece por los objetos, como se dijo (q.18 a.5). Por consiguiente, el bien y el mal en los actos de la voluntad se aprecian propiamente por los objetos”. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 19, art 1.

³⁹⁴ Dentro de las pasiones o emociones se encuentra el apetito sensitivo que la tradición clásica denominó “concupiscible” y que inclina al hombre hacia lo deleitable –que es fácil de alcanzar– y el apetito irascible que inclina hacia el bien arduo, difícil de alcanzar. En dicha tradición estos apetitos no son de suyo, desordenados. Estos apetitos, en cuanto inclinaciones son indiferentes y serán buena o malas según sea su objeto y domino de la persona sobre ellas. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I q. 81, art. 3 c.

³⁹⁵ Como acontece con toda la actividad práctica del ser humano, en el ámbito de la decisión judicial, los jueces experimentan la existencia de realidades que le resultan atractivas y, otras, que les generan repulsión. Eso es propio de su condición humana. En respuesta a ello, el juez siente psicológicamente agrado o rechazo. Concomitantemente, se suceden reacciones fisiológicas que acompañan toda esta experiencia. Esto se explica en la siguiente definición del Aquinate de lo que son las pasiones: son “actos del apetito sensitivo en cuanto que llevan anexa alguna transmutación corporal”. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 20, art. 1, ad 1. Allí se integra lo orgánico y lo psicológico de la pasión, resaltándose, una vez más, en el marco de esta filosofía realista, la unidad corpóreo-espiritual del hombre. Esto significa que la sede de las pasiones no es la voluntad, sino el deseo sensitivo que termina ejerciendo influencia en el acto humano judicativo. En el juez –como en todos los seres humanos– hay algunos aspectos que predisponen al surgimiento de la pasión y que tienen que ver con su particular temperamento. En efecto, la vida afectiva de cada persona depende en buena medida, de sus rasgos temperamentales que constituyen una disposición constante del ánimo de cada persona, ligada a algunos aspectos hereditarios, pero, sobre todo, al influjo del ambiente social en el que el juez recibió su formación, especialmente en el período de su infancia, que es importante en el desarrollo de la afectividad de cada persona.

mutua comunicación, influencia y crecimiento³⁹⁶. Es imposible anular en la decisión judicial este elemento afectivo, por cuanto quien juzga es todo el juez, en la integralidad de su persona; lo importante es que lo afectivo se ordene al conjunto armónico de la realidad personal del jurisdicente³⁹⁷. Pero es posible que esta relación armónica entre las diversas potencias se rompa cuando se obra según el ímpetu afectivo. Cuando el juez obra según sus pasiones, afecta su libertad de arbitrio que permite decidir atendiendo a la realidad del derecho que, como ya se ha indicado, es alteritiva para las facultades intelectiva y volitiva del juez³⁹⁸. Quien juzga según sus pasiones,

³⁹⁶ La cuestión sobre si deseos como la ira, que no es sensibles (como sí lo son el hambre o el frío), es un acto de la voluntad o es algo distinto de ella y que puede, incluso, oponerse a ella, no es sencilla. En el ser humano se despiertan sentimientos como la ira ante realidades como la injusticia –muy cercanos a la cólera de un animal cuando se le quita la comida–, que está unida a un deseo de venganza, pero que pueden ser controlados. Así, estos sentimientos como la ira, que pertenecen al apetito sensitivo, están bajo el gobierno de la voluntad y pueden enfrentarse a ella, como sucede con quien, deseando ser continente, ante la sollicitación pasional, se deja vencer por la incontinencia. Sin embargo, en el hombre también hay amor, esperanza, etc., que hoy en día se llaman también sentimientos, pero que, en realidad, superan la mera afectación sensitiva, constituyendo *actos de la voluntad*, es decir, del deseo racional, sin confundirse con ella. K. Wojtyła, reflexionando sobre esta realidad, distingue entre sentimiento espiritual y voluntad. Esta última se muestra como una potencia constitutivamente atraída al bien, alcanzado un momento muy personal en la decisión en donde la subjetivización emocional se enfrenta a la instancia superior de la verdad. Así, la emotividad es controlada por la voluntad en un proceso de integración de la subjetividad de los sentimientos a la trascendencia propia de la persona. Vid. Wojtyła, Karol. “Persona e atto”, en *Metafisica della persona. Tutte le opere filosofiche e saggie interattivi*, Bompiani, Ed. Vaticana, Ciudad del Vaticano, 2003, pp. 1138-1151.

³⁹⁷ Tomás de Aquino dedica 26 cuestiones de la Prima Secundae al tema de las pasiones: de las cuestiones 22 a 48. Se han hecho interesantes estudios sobre estos textos mostrando su validez y vigencia; especialmente, resalto el realizado por Manzanedo, quien escribe sobre la importancia y actualidad de la reflexión del Aquinate: “El gran psicólogo inglés Charles Spearman afirma que el Aquinatense escribió un tratado muy sistemático y preciso sobre las pasiones o emociones; su estudio alcanzó tal perfección en el campo estrictamente psicológico que pocas veces, y solamente en algunos aspectos, fue superado en tiempos posteriores”. Manzanedo, Marcos. *Las pasiones y las emociones según Santo Tomás*, Salamanca: Ed. San Esteban, 2004. Allí el autor 9 p.

³⁹⁸ La realidad encarnada del ser humano hace que su vida afectiva incida en su obrar; el juez no es ajeno a ello. La vida emocional incide, no solamente en la actividad práctica de la persona, sino que se extiende a su actividad externa llegando, incluso, a afectar su misma salud corporal. Dentro de esta vida emocional está el amor –que despierta el bien simplemente aprehendido–, el odio –como lo opuesto al amor–, el deseo –que surge ante la presencia de un bien futuro–, la fuga –como rechazo al mal futuro–,

se aleja de la realidad que es la fuente de la verdad y del bien. La falta de dominio de las emociones, ofusca el entendimiento, con lo cual, disminuye la indiferencia del juicio que la decisión judicial exige, y que es fundamental para la recta razón que demanda el acto humano judicialivo jurídico³⁹⁹.

Las pasiones son el producto de un bien sensible que despierta en la persona el deseo de poseerlo, o de un mal que le mueve a rechazarlo. Allí hay un aspecto cognitivo que hace de intermediario entre dicho bien sensible y el apetito sensitivo. Cuando surge la pasión, ésta ejerce influjo sobre la voluntad que, actuando bajo su dominio, juzga como conveniente lo que, sin la presencia de la pasión, no juzgaría como tal⁴⁰⁰. Por eso, el término “pasión” expresa una cierta alteración en la capacidad de juicio, a causa de la pérdida de una cualidad conveniente y de la adquisición de una inconveniente: se da allí una mutación de una cualidad producida por la acción de un contrario⁴⁰¹. Así, la pasión implica un movimiento en donde hay un paciente que recibe y que tiende a asimilarle al agente. La alteración que genera la pasión se da más propiamente cuando es mayor la privación que conlleva y mientras más extrínseco sea el principio que la produce⁴⁰². Es por esto que la pasión se constituye en afección o carencia⁴⁰³. Esta afección, actúa con fuerza y rapidez

el gozo que general el bien presente, la tristeza que surge ante el mal presente; la esperanza –ante el bien que no es fácil de conseguir pero que es posible–, la desesperanza que emana cuando dicho bien arduo se torna imposible; la audacia que lleva a superar el mal y el temor que surge cuando dicho mal parece insuperable y, finalmente, la ira que provoca un mal arduo presente. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I-II; q. 23–q. 48.

³⁹⁹ La filosofía clásica distinguía entre concupiscencia antecedente, anterior al acto de voluntad y que proviene de una causa independiente de la voluntad como las disposiciones orgánicas, y la concupiscencia consiguiente que nace del propio acto de la voluntad. En este segundo caso se aumenta la voluntariedad del acto que se va a realizar porque el bien deleitable se vuelve fin en sí mismo. Vid. Fuentes, Miguel. *Conseguir la vida eterna*. Op. Cit. 127 p.

⁴⁰⁰ Por eso, la pasiones implica un padecer, es decir, un recibir una acción por parte de un agente externo. Vid. Tomás de Aquino, I-II, q. 22, art. 1.

⁴⁰¹ Aristóteles. *La Física*, III, 1.

⁴⁰² Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 26, art 8, ad. 2.

⁴⁰³ Ello no significa la negación del aspecto positivo de la pasión que hace parte del deseo natural del hombre a perfeccionarse. Lo positivo de la pasión pasa por la ordenación natural del apetito al bien y por la posibilidad de que la inteligencia y la voluntad actúan sobre la afección modificándola. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 23, art. 1, q. 22, art 3 y q. 25, art. 2.

en el sujeto que la experimenta, entre otras razones, por su externalidad y su vinculación con el apetito sensitivo⁴⁰⁴.

La influencia de las pasiones en el acto judicial jurídico, conlleva su afectación⁴⁰⁵. Cuando una pasión es vehemente, el juez se fija en un objeto que predispone el juicio de su inteligencia a ser favorable a la pasión, absorbiendo de tal manera su atención, que pone la inteligencia al servicio de la justificación de su afición –hacia lo que constituye su objeto pasional– y, como consecuencia de ello, le afecta el movimiento propio de su voluntad y todo el dinamismo de su obrar⁴⁰⁶. La pasión –salvo casos límites o patológicos–, no elimina la voluntariedad del acto; por esta razón, es preciso insistir en que el apetito racional, por el imperio que ejerce sobre el apetito sensitivo, puede ejercer dominio sobre él⁴⁰⁷. Así, el jurisdicente se puede sobreponer a la pasión, actuando sobre sus causas⁴⁰⁸. La existencia de la recta razón de prudencia, permite superar estos elementos que obstaculizan la realización efectiva de los derechos⁴⁰⁹. El juicio prudencial no es pasional.

⁴⁰⁴ Moya, Patricia. “Las pasiones en Tomás de Aquino: entre lo natural y lo humano”. En: Revista tópicos 33, 2007, Chile: Universidad de los Andes, 146 p.

⁴⁰⁵ Sellés, Juan. *De Veritate 26, las pasiones del alma*. Cuadernos de anuario filosófico, Pamplona: Eunsa, 2000, introducción.

⁴⁰⁶ “...Cuando el movimiento del apetito sensitivo se ha más fuerte según la pasión, es menester que disminuya o cese totalmente el movimiento propio del apetito racional, que es la voluntad”. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 77, art.

⁴⁰⁷ Por esta razón, Tomás de Aquino considera que las pasiones afectan el alma humana solamente de manera accidental, por su unión con el cuerpo. Son, pues, actos físicos, que terminan afectando la psique humana, dado la intensidad y contrariedad que les caracteriza. Vid. Tomás de Aquino, S.T. I-II, q. 22, art 1 y q. 10, art. 3.

⁴⁰⁸ Aristóteles expresa esta realidad de dominio de la parte racional sobre la irracional, en La Política, con estas palabras: “Esto nos lleva directamente a tratar del alma en la cual uno de los elementos es naturalmente rector y el otro regido, a cada uno de los cuales asignamos diferente virtud, propias de la parte racional o de la irracional”. Libro I.

⁴⁰⁹ Lo anterior es la afirmación de que la afectividad del juez puede ser educada, en la medida en que la inteligencia y la voluntad pueden imperar sobre los apetitos sensitivos. Así lo sostiene el Aquinate: “El apetito concupiscible e irascible (...) obedecen a la razón en cuanto a sus mismos actos. La causa es que en los demás animales el apetito sensitivo es naturalmente movido por la estimativa, como la oveja teme al lobo, al que estima su enemigo. En lugar de la estimativa el hombre tiene la cogitativa, llamada por algunos “razón particular”, porque tiene como función el confrontar las varias percepciones individuales. Por tanto, de ella toma el apetito sensitivo su movimiento (...) Esto puede experimentarlo cada uno en sí mismo, puesto que recurriendo a algunas consideraciones generales, la ira o el temor o pasiones semejantes se mitigan o

Para finalizar, conviene insistir en que una visión integral de la persona del juez que realiza el acto judicial jurídico, implica necesariamente una integración de todas sus potencias en la dinámica de su acción. Por ende, así como no es posible concebir un juez sin emociones, tampoco lo es, concebirle sometido completamente a ellas⁴¹⁰; su inteligencia y su voluntad le permiten ejercer señorío sobre dichas fuerzas emocionales que pueden llegar a afectar la rectitud de su juicio⁴¹¹.

Además de los impedimentos personales referidos, existen otros de índole social. Esto acontece, por cuanto la labor que desempeña el juez es esencialmente alteritiva: se encuentra con los otros, decide sobre derechos de otros, se interrelaciona con otros jueces de igual, menor o mayor jerarquía, recibe las presiones de los medios de comunicación, etc. Estos factores no constituyen formas rígidamente preestablecidas que determinen de manera indefectible la decisión judicial, pero sí enmarcan y reducen la indeterminación propia de la libertad de elección del juez, a un cierto número de alternativas posibles. Por ejemplo, la formación que ha recibido el juez desde su primera infancia, pasando por su etapa de escolaridad, hasta llegar a la educación superior, es un factor decisivo en la configuración de su racionalidad y voluntad, que le llevan a inclinarse hacia una manera de ver su función y de fallar los casos concretos. El juez encuadra su decisión en una cierta “lógica” que no solamente depende de los datos del caso singular, sino que tiene como supuesto su propia vida y la del medio en el que la ha desarrollado.

también se instigan (...) El apetito sensitivo está también sujeto a la voluntad respecto de la ejecución, la cual se realiza mediante las potencias motrices (...) el hombre no se mueve súbitamente tras sus impulsos del irascible o concupiscible, sino que espera la intimación o permiso de la voluntad”. Tomás de Aquino, S.T. I, q. 81, art. 3.

⁴¹⁰ Francisco de Vitoria, en su relección sobre el homicidio sostiene que las pasiones no logran anular la naturaleza humana que, siguiendo su inclinación natural, ama la verdad y el bien. Vid. Tejada, Francisco. “El bien común en los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII” En: *El bien común*. Ed. Nueva Universidad, Santiago de Chile, 1875, 157 p.

⁴¹¹ La pasión moderada no genera ofuscamiento al juicio de la razón, de tal manera que se puede armonizar la pasión humana –como la tristeza– con la recta razón. La pasión es mala cuando impide a la voluntad la consecución del bien querido, mostrado por la inteligencia. Así, las pasiones pueden ser modeladas por la voluntad, sin que se pierda su conexión con lo sensitivo. MOYA, Patricia. Las pasiones en Tomás de Aquino. *Op. Cit.* pp. 172.

La libertad de elección se ve afectada, entonces, por motivaciones que son sugeridas por las estructuras sociales en las que el juez se halla inmerso y dentro de las cuales actúa; la malla de interrelaciones sociales ejerce presiones sobre el administrador de justicia que pueden hacer que sus decisiones se orienten a fines distintos al de la realización efectiva de los derechos de las personas. Incluso, este influjo del medio puede llegar a ser tan fuerte, que las decisiones judiciales se vuelvan predecibles⁴¹².

La existencia de estos condicionamientos sociales, no significa, en modo alguno, determinismo para el juez. La libertad de elección del juez se ve en cierta medida limitada por el medio social, pero ello no significa su eliminación. El ser humano, no es mero resultado del medio y, por ende, puede sobreponerse a él. La existencia de estos condicionamientos, no elimina el carácter libre de la decisión judicial, sino que, antes bien, lo demuestran. Son muchas las veces en que, precisamente por el carácter libre de su acción, los jueces se apartan de las presiones del medio y, ajustados al derecho, profieren fallos de trascendencia social e histórica. Por ende, la predictibilidad de la decisión de los jueces, más allá de ciertos límites, se torna abusiva⁴¹³.

⁴¹² La importancia de estos factores socio-culturales para la decisión judicial, es tan grande, que llevó al jurista norteamericano Ronald Dworkin de plantear sus tesis en torno al derecho como integridad en donde él hace confluir lo político, lo moral, lo social y lo jurídico. Concebir el derecho como integridad supone para Dworkin, una estructura que pone por encima de todo lo demás, incluso sobre el derecho positivo en vigor, algunos valores básicos como la justicia, la imparcialidad y la equidad. Los jueces que sirven a esta concepción del derecho, son los “de la integración” –los “Hércules” de su teoría–, que pueden encontrar la interpretación correcta echando mano de esos valores que constituyen principios. La integridad del derecho es la base para la aplicación del derecho e impone que toda decisión judicial ha de respetar los derechos políticos y morales, de manera que la respuesta judicial a los problemas de una comunidad sea coherente, justa e imparcial. Vid. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit. pp. 277-278.

⁴¹³ Lo anterior pone de presente la importancia de la formación del juez. La plena responsabilidad del acto judicial que realiza, depende de lo que conoce y quiere, esto es, de lo que se desprende de su inteligencia y su voluntad. Por eso, es preciso suprimir todas las alienaciones que afligen a la propia realidad persona, a la cultura y a la sociedad, para que el acto judicial pueda ser calificado como auténticamente libre y, por ende, sea liberador. Un juez educado puede ser principio de su acción y dueño de sí mismo; puede realizar el acto o no, o realizarlo en un sentido o en otro, atendiendo siempre a la finalidad propia de su función como administrador de justicia. Esto, para el juez, no es otra cosa que vivir humanamente, realizándose a través del

Con el estudio de estos aspectos que limitan el acto judicial jurídico, se concluye este capítulo. En razón de que el acto humano se perfecciona, no solamente con la operación de las potencias intelectual y volitiva de la persona, sino también con la realización exterior de la obra, en las líneas que siguen se aborda el estudio del momento ejecutivo del acto humano judicial jurídico, como la manifestación externa de aquello que ha operado en la interioridad del juez. El acto humano judicial jurídico encuentra en la realización efectiva de los derechos su esencia, cualidad y especificación del fin por el cual existe y al cual tiende, y la sentencia es el instrumento para hacerlo. Así como la inteligencia muestra el fin querido por la voluntad del juzgador, el fallo es la realidad tangible y material en la cual se concreta todo el proceder del intelecto y la voluntad del juez, en orden a la administración de justicia.

cumplimiento de su importante labor en la sociedad, lo que se constituye para él en una exigencia que puede ser objeto de demanda por quienes integran el conglomerado social. Y el juez puede darse cuenta de si, lo que hace, se corresponde o no con su ser y con su misión.

CAPÍTULO TERCERO

LA SENTENCIA: INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS

En los dos capítulos anteriores se analizó el aspecto interno del acto humano judicativo jurídico, a saber: el dato de realidad dado por la inteligencia y el consentimiento dado por parte de la voluntad. La deliberación prudencial que hace el juez que tiene como punto de partida estos elementos internos del acto judicativo, se exterioriza en una decisión o acto de imperio que es constitutivo específico del fallo judicial. La sentencia es, por tanto, el instrumento mediante el cual se materializa la actividad judicativa del juez, en la cual se reconoce y adjudica el derecho a su titular; esta adjudicación constituye un acto de orden en el que el principio ordenador es el mismo derecho⁴¹⁴.

Este capítulo se orienta al estudio del fallo judicial en cuanto elemento ejecutivo del acto humano judicativo jurídico. Para efectos de la presentación de las ideas, se inicia mostrando la relación de causa-efecto existente entre lo interno –lo intelectual y volitivo– y lo externo del acto judicativo jurídico –la sentencia–; luego, se aborda el estudio de la sentencia como el instrumento idóneo institucionalizado para la función judicial, con el fin de hacer efectivos los derechos de las personas; posteriormente, se estudia la exigencia de motivación de las sentencias en cuanto ellas son el resultado de la deliberación llevada a cabo por parte del juez, a partir de la aplicación del método prudencial, en donde –como se ha indicado– los aportes de la inteligencia y de la voluntad son insumos necesarios para la solución adecuada del caso concreto en el que va a tener lugar el acto de adjudicación

⁴¹⁴ En adelante se utilizarán los términos *fallo* y *sentencia* como sinónimos, y se aludirá con ellos al resultado de todo el proceso intelectual-volitivo presente en la decisión judicial. El autor es consciente de que la sentencia no es la única decisión judicial; empero, en esta parte del texto las emplea como sinónimos, buscando enfatizar, además, en que la decisión judicial –estudiada en los capítulos anteriores– es un acto humano completo, cuyo momento final es la sentencia. Con esta opción se busca superar la posible ambigüedad en el empleo del término decisión judicial. Cfr. Caracciolo, Ricardo. “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”. En: *análisis filosófico*, 7, 1. 1988.

del derecho⁴¹⁵. El capítulo finaliza con el análisis del fundamento de las razones justificativas que se emplean en las sentencias.

2.3.1. LA RELACIÓN ENTRE LO INTERNO Y LO EXTERNO DEL ACTO JUDICATIVO JURÍDICO

En el acto de juicio que realiza el juez, aquello que ha tenido lugar en la actividad interna –lo intelectivo y lo volitivo– se materializa en un acto externo que es la sentencia, conformando una unidad en la cual no hay solución de continuidad⁴¹⁶. La acción humana supone el conocimiento que mueve a la voluntad al fin al cual se ordena con libertad de arbitrio. En la sentencia tiene lugar, por tanto, la realización efectiva de los derechos: su reconocimiento y adjudicación⁴¹⁷. La sentencia plasma todo el operar de la racionalidad práctica del fallador, que opera en unas circunstancias concretas⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Como se ha hecho a lo largo del texto –pero especialmente en esta parte– se evita emplear el término “objetiva” para adjetivar a la sentencia y se reemplaza por los términos “adecuada” o “correcta”. Esta opción obedece a que el concepto de “objetividad” de las decisiones judiciales hoy tiene un contenido con diversidad de alcances. En efecto, en algunos casos la demanda de ser objetivo indica apego a la norma, con lo cual se busca eliminar la posibilidad de parcialidad u otros factores que distorsionen el juicio. Otra forma de entender la objetividad refiere a la conformidad del fallo con las demandas sociales. Tanto la norma como las demandas sociales son producto del hombre, por tanto, no existe un referente distinto al sujeto. Esta manera de concebir la objetividad es de origen kantiano. Como lo señala Manuel García Morente, la objetividad en Kant es la condición del conocimiento en cuanto para el filósofo alemán objeto es la cosa que es externa al sujeto, pero cuya existencia depende del sujeto a través de las categorías. Sin categorías, que son subjetivas, no hay objetividad, no hay objeto; habrá cosas, pero no objetos. Vid. García Morente, Manuel. *La filosofía de Kant. Op. Cit.* 93 p.

⁴¹⁶ Es posible que exista ruptura entre el momento intelectivo-volitivo del acto humano judicial y el momento realizativo que tiene lugar en la sentencia, debido a factores externos como el desorden, el miedo, la fuerza, etc. Empero, esta eventualidad no será estudiada en razón de que ello es una excepción y no la regla que se quiere mostrar en este texto, esto es, que la sentencia es el resultado de todo el proceso que se sucede al realizar el acto humano judicial.

⁴¹⁷ Si ello no acontece, el poder del juzgador se vuelve en contra de la misma sociedad que necesita garantizar el orden social; sociedad de quien ha recibido el encargo de administrar justicia, dando el derecho a quien lo tiene. Vid. Díaz, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998, 110 p.

⁴¹⁸ Por este hecho, la función de administrar justicia es exigente intelectualmente para el juez. A partir del conocimiento del derecho, fundamentos, principios, normas, precedentes, etc., el juez debe deliberar sobre cómo dar el derecho en el caso concreto.

La disposición de la voluntad del jurisdicente hacia la realización efectiva de los derechos, es consecuencia del dato jurídico aportado por la inteligencia; el resultado de esta actividad se puede apreciar en el fallo⁴¹⁹. En razón de ello, la sentencia se constituye como el instrumento idóneo que institucionalmente se ha establecido para lograr, de manera efectiva, la realización de los derechos de las personas⁴²⁰. A través de la deliberación prudencial, en la que confluyen la base cognoscitiva requerida para el razonamiento judicial, el elemento volitivo que mueve a la acción y la realización concreta de la obra, el juez puede cumplir con rectitud la función de administrar justicia. Como lo propio del acto prudencial es “mandar o imperar la acción u obra deliberada”⁴²¹, la sentencia se erige como el momento prudencial por excelencia dentro del acto judicial jurídico⁴²².

Estos elementos estructuran el razonamiento práctico –en este caso jurídico–, que se caracteriza por su complejidad. Vid. Yepes, Ricardo. *Antropología, Op. Cit.* pp. 136.

⁴¹⁹ El elemento ejecutivo supone el acto judicial ya constituido y lo complementa, haciéndolo más pleno Vid. Rodríguez Luño, Ángel. *Ética general. Op. Cit.* 138 p.

⁴²⁰ Ya en las líneas precedentes se ha ahondado en aquello que la inteligencia y la voluntad aportan al juez al momento de decidir; él parte de algunas premisas –unas normativas y otras fácticas–, que le son conocidas gracias a su capacidad intelectual. Su inteligencia está lanzada a la realidad del caso y, por ende, a los hechos que se sucedieron, así como a la realidad normativa de la conducta. De dichos hechos, de su prueba, extrae los argumentos probatorios para la justificación de su sentencia y las normas reguladoras de la conducta, son empleadas como principios de demostración para realizar las inferencias que le llevarán a la decisión final. Empero, estas vías de argumentación no siempre resultan suficientes para hacer efectivo el derecho. Se precisa también que el juez aplique su inteligencia al conocimiento de lo que es el derecho, de su existencia o inexistencia en el caso concreto, de su fundamento y fuente primaria, que es la realidad personal del ser humano, según se ha estudiado a lo largo de las líneas que integran este texto. Luego, su voluntad será libre de seguir aquello que la inteligencia le ha mostrado. Sin duda, la *quaestio facti* y su tratamiento, constituye un momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia. Es en la reconstrucción de los hechos donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser –como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo– más arbitrario. Vid. Ibáñez, Andrés. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Revista doxa*, número 12, 1992, pp. 261. De allí la importancia que tiene para el juez, el orientar la inteligencia y la voluntad hacia los objetos que le son propios: la verdad y el bien.

⁴²¹ Sellés, Juan. F. *La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino* (I), Cuadernos de Anuario Filosófico, Universidad de Navarra, número 90, 1999, pp. 5.

⁴²² Por ello, a las decisiones judiciales se les llama “jurisprudencias”. El origen etimológico de la palabra indica una cierta norma o medida de juicio en torno al derecho. El prudente ve por delante, de allí su relación con la palabra *pro videntia*. La palabra es traducción latina del vocablo griego *phronesis*, que es la capacidad de pensar acerca de materias prácticas; es sabiduría para realizar un buen juicio que, en el caso del juez, es sobre el

La ruptura de lo cognitivo, lo volitivo y lo ejecutivo en el acto de juicio que realiza el juez, conduce a la afectación del principio de integralidad que lo determina en cuanto acto humano. Las posturas dicotómicas que dejan de lado el elemento intelectual en la decisión judicial, o la reducen al impulso de la voluntad del juez, o separan la sentencia –lo externo– de lo que acontece producto de la puesta en acto de las potencias intelectual y volitiva del juez –lo interno–, ponen en riesgo la realización efectiva de los derechos al desproveer de corrección el fallo judicial. La noción de “fallo judicial correcto” remite, por tanto, al cumplimiento del fin previsto para el mismo.

La necesaria relación existente entre lo interno y lo externo del acto judicialístico jurídico se pone de presente en el énfasis que se hace actualmente al interior de la Filosofía y Teoría del Derecho respecto de la obligación que le asiste a los jueces de motivar sus fallos y de expresar razones justificativas que conduzcan a la realización efectiva de los derechos.

Ahora bien, un derecho se puede ver realizado a través de una sentencia; empero, si dicha realización es tardía o no es eficaz, no se puede predicar de ella que sea verdaderamente “efectiva”. Por tanto, a través de la sentencia, en cuanto momento ejecutivo del acto humano judicialístico jurídico, el derecho no solamente debe realizarse, sino que dicha realización debe ser *efectiva*, tal como se estudia a continuación.

2.3.2. LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS COMO CRITERIO DE CORRECCIÓN DE LOS FALLOS JUDICIALES

La relación de causa-efecto que existe entre las operaciones intelectual y volitiva que realiza el juez, y su materialización a través de la sentencia, pone al fin a la controversia jurídica⁴²³. Si bien, en el curso de los procesos

derecho. Jurisprudencia y providencia, a su vez, se relacionan con la palabra *sententia*, del latín *sensus*, que significa sentido, esto es, algo ordenado a un fin: la realización efectiva de los derechos. Vid. Triana, Jaime. *Etimologías griegas y latinas del español*. Universidad Autónoma de Nuevo León, España, 1984, pp. 49 y 77.

⁴²³ El juez tiene jurisdicción, palabra que proviene del latín *ius* y *dicere*, vocablos que indican la facultad que se tiene de declarar el derecho. La sentencia, por tanto, es el medio externo e institucionalizado a través del cual el juez “dice el derecho”, y recibe el nombre de jurisprudencia porque el método propio de deliberación que sigue el juez es el prudencia, tal como se indicó en el capítulo anterior. La jurisprudencia es el resultado del ejercicio de la jurisdicción. Vid. Ramírez, Patricia. “Significado de la

judiciales los jueces toman diversas decisiones, es en el fallo donde se recoge el resultado del juicio prudencial, a través del cual se da respuesta a las peticiones que se elevan en torno a los derechos en litigio.

La facultad constitucional y legal –y, por tanto, el deber– que tienen los jueces para interpretar las normas y adecuarlas al caso concreto, para aplicar la equidad, los principios generales del Derecho y la doctrina, tiene como finalidad lograr una recta administración de justicia, es decir, la realización efectiva de los derechos. Cuanto mayor sea la confrontación de las partes que intervienen en el litigio, mayor es la importancia de la intervención del juez, que está llamado a hacer efectivo el derecho a quien realmente lo detenta como titular.

La exigencia que existe para el juez, de realizar un examen detallado de las pruebas y de proferir un fallo coherente, apunta a que el derecho sea realizado de manera efectiva. Ya se indicó anteriormente, que el derecho tiene un carácter de deuda –*debitum*–, que da la posibilidad al titular de exigirlo; ello, solamente se hace efectivo en el marco institucional, a través de la sentencia judicial, que hace actual el derecho, dándolo a su titular. Si un fallo judicial no hace efectivo el derecho, desaparece su razón de ser y, por ende, la de todo el acto judicialivo jurídico que éste materializa.

Por tanto, la realización de los derechos de manera efectiva es criterio fundamental para valorar la corrección de una sentencia. El conocimiento, por parte del juez, de lo que significa el acto de juicio como acto humano, posibilita alcanzar dicha corrección. Por eso, la valoración sobre la rectitud –o corrección– de una sentencia, no parece que pueda reducirse al análisis de la aplicación de principios, normas o precedentes, a su coherencia interna o a su rigor lógico⁴²⁴, sino que exige no perder de vista el hecho de si con ella se ha alcanzado efectividad en la realización de los derechos. En la sentencia el juez re–conoce –vuelve a conocer– el derecho, declara su existencia y lo da a su titular según su medida. La efectividad es el “ahí y el ahora” del derecho, adjudicado por el juez de manera eficiente –oportuna– y eficaz –realizadora–⁴²⁵.

jurisprudencia”. En: *revista del posgrado en derecho de la UNAM*, vol 1, número 1, 2005, pp. 78.

⁴²⁴ Vid. Aparicio, Carlos. *Introducción al derecho*, siglo XXI, Bogotá, pp. 287.

⁴²⁵ Que ello es así, se puede constatar en la realidad: si un litigio se termina con un fallo en donde el derecho queda en manos de su legítimo titular, dicho litigio termina de manera pacífica; pero si no es así, surge la violencia que genera la negación de un derecho al que legítimamente lo tiene.

La realización efectiva como criterio de corrección de un fallo judicial, supone algo que preexiste; y lo que preexiste a la sentencia judicial, es el derecho, pues tal es la cuestión que hay que dirimir a través del acto judicativo jurídico. La afirmación de esta preexistencia del derecho, no significan en modo alguno negación de la discrecionalidad que tiene el juez al momento de escoger la norma que más se ajusta a la solución del caso particular, de hacer prevalecer los principios sobre las normas o de aplicar la equidad en determinados casos⁴²⁶. Empero, el marco de esa discrecionalidad lo constituye el derecho del titular y el imperativo que asiste al juez de hacerlo efectivo⁴²⁷. El juez es quien ha sido autorizado por el Estado para crear el instrumento mediante el cual se adjudica el derecho; de ahí que su conocimiento del derecho y el respeto por su poder, deben ser estrictos. El objeto de la sentencia judicial es el derecho; el acto de juicio que tiene lugar en ella, es sobre dicho derecho y, por eso, el realización de forma efectiva, constituye su razón de ser: ese es el fin al que ha de apuntar el jurisdicente⁴²⁸. Una sentencia que no alcanza dicho fin, no puede llamarse

⁴²⁶ Entiéndase la equidad en términos de *epiqueya*: “La epiqueya pertenece a la justicia legal, y en cierto modo está contenida en ella y en cierto modo la supera... La epiqueya es mejor que cierta justicia, es decir, mejor que la legal, que cumple la ley al pie de la letra. Pero, como ella misma es cierta forma de justicia, no es mejor que toda justicia”. Tomás de Aquino. ST., II-II, 120, 2, 1.

⁴²⁷ Esta postura gnoseológica sobre la función judicial es analógica y analéctica: lo primero, por cuanto se ubica en un punto medio entre las posturas extremas que, bien niegan la existencia de discrecionalidad del juez –como la dworkiniana–, o bien la absolutizan en casos difíciles –como la hartiana–; lo segundo, porque ella permite dialogar con esas posturas caracterizadas por su polaridad. Arthur Kaufmann plantea una concepción de la función judicial que está en esta línea –sin que se identifique con ella–, al plantear la necesidad que tiene el juez de encontrar el *tertium comparationis* cuando va a fallar un caso. Vid. Kaufmann, A. Filosofía del Derecho. *Op. Cit.* 284 p.

⁴²⁸ El juez sabe *in abstracto* los principios de la razón práctica, los principios y normas que integran el ordenamiento jurídico, todos ellos caracterizados por su generalidad, pero puede tropezar al momento de hacer la aplicación al caso particular con sus particulares circunstancias; es la prudencia la fuerza que facilita este paso, en donde deviene fundamental la capacidad de discernimiento, y cuyo resultado ha de ser la realización efectiva de los derechos. Este último es el criterio al que hemos de atenernos para juzgar las costumbres y normas que, de manera dinámica, surgen históricamente. Como señalan Javier Hervada y Juan Andrés Muñoz: “Por ejemplo (...) las leyes que rigen el mercado de alimentos han de interpretarse de modo que los alimentos lleguen a todos –alimentarse es un derecho (...) de todo hombre– y si resulta que la economía de mercado que se halla instaurada conduce a que unos pasen hambre y otros tengan superabundancia de alimentos, tales leyes deben ser objeto de

—en verdad— jurídica⁴²⁹. La sentencia judicial es el medio idóneo con el que cuentan las personas al interior de la sociedad para hacer que la realización de sus derechos sea efectiva. Cuando ello acontece —no sobra repetirlo—, se está frente a una recta administración de justicia⁴³⁰.

En el fallo judicial se hallan una serie de disposiciones dadas por el juez; y la disposición está relacionada con el orden⁴³¹. Ese orden, en materia de acto judicialivo jurídico, es el existente entre las personas y sus cosas. Por ello, el juez debe conocer qué es el derecho, cuál es su fundamento, origen, medida y finalidad, así como quién es su titular; sobre esta base, y la que le aporta el conocimiento de los principios, las normas, los precedentes, mueve su voluntad con libertad de arbitrio hacia aquello que conoce, deliberando en medio de las circunstancias específicas que le presenta el caso concreto que le ha sido sometido a juicio y, todo esto, lo materializa en la sentencia adjudicando el derecho a su titular. La motivación de las sentencias —a cuyo estudio se dedica el siguiente numeral— es la expresión de todo esto que ha acontecido internamente producto de la capacidad intelectual y volitiva del juez.

2.3.3. LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

Una vez mostrada la relación de continuidad existente entre los elementos intelectualivo, volitivo y ejecutivo del acto humano judicialivo jurídico, y la

interpretación correctiva por parte de los juristas”. Hervada, Javier y Muñoz, Juan. *Guía de los estudios universitarios: Derecho. Op. Cit.* p.

⁴²⁹ Vid. Stammeler, R. *El juez. Op. Cit.* pp. 52.

⁴³⁰ Como afirma G. Radbruch, allí donde seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada en comparación con el grado de injusticia, éste debe ceder el paso a la justicia. Allí los jueces cumplen una tarea fundamental para la vida social. Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1914, traducción de Wenseslao roces, pp. 150 y ss. En otro texto afirma que: “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconvenientes, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que deba considerarse como “falso derecho” y ceder el paso a la justicia”. Radbruch, Gustav. *Relativismo y derecho*, Bogotá: Temis, 1999, 35 p.

⁴³¹ Orden y disposición son sinónimos por cuanto sólo se puede disponer lo ordenado y la providencia supone disposición. El desorden resulta indisponible y, lo caótico, ingobernable. Vid. Sellés, Juan. *La virtud de la prudencia en Tomás de Aquino (I). Op. Cit.* 34 p.

forma como ello se concreta en el fallo al adjudicarse el derecho a su titular, en las líneas siguientes se aborda el estudio del elemento motivacional o argumentativo de la sentencia, que es el soporte de la parte resolutive de la misma. Las razones justificativas contenidas en la motivación del fallo, son la expresión lingüística de aquello que, a nivel intelectual y volitivo, ha acontecido en la realización del acto humano judicial. Cuando esas razones conducen a la realización efectiva de los derechos en el caso concreto, puede afirmarse la rectitud o corrección de las mismas, por cuanto, ellas soportan una decisión que se corresponde con el fin que se desprende de la realidad misma del derecho y que se corresponde con la naturaleza de la función judicial.

La Teoría del Derecho contemporánea no ha cesado en la búsqueda de una orientación segura en los fallos judiciales y, para tal fin, se ha valido de varios métodos⁴³². Actualmente, esta búsqueda está emparentada con la realización del Estado de Derecho y, más aún, con el Estado Social de Derecho, que exige la materialización de los derechos⁴³³. Hoy se habla de Estados Constitucionales y se insiste en que la construcción de una democracia sólida demanda que los jueces sustenten válidamente sus providencias⁴³⁴. Ello no solamente redunda

⁴³² Esto obedece a la creciente preocupación por garantizar la rectitud o corrección de los fallos judiciales. Empero, tal como se indicó en la primera parte de este escrito, paradójicamente, la problemática se ha acrecentado. Si bien se insiste en que la libertad del juez para decidir está limitada por el hecho de tener que invocar el fundamento en virtud del cual considera que su fallo se encuentra ajustado al derecho, parece que la equivocidad con la que se emplea el mismo concepto de derecho, así como el abandono del principio de finalidad aplicado a la decisión judicial, no permite obtener resultados fecundos.

⁴³³ Las constituciones y leyes de distintos países han venido consagrando en su normatividad la obligatoriedad de fundamentar las decisiones judiciales. Como ejemplos de ello puede citarse la Constitución Española de 1978 se indica, en su artículo 120 inciso 3, que “las sentencias serán siempre motivadas”; también el Código Penal Alemán, en el artículo 34, que exige al juez suministrar las *razones* que respaldan sus decisiones; y el 142 del Código Procesal Penal de Costa Rica, que indica literalmente: “Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba.” Adicionalmente agrega que: “Los autos y sentencias sin fundamentación serán ineficaces”.

⁴³⁴ Sobre el particular puede revisarse la sentencia T-395/10, con ponencia del Magistrado José Ignacio Pretelt; también la sentencia C-949 de 2003, en la cual la Corte habla

en beneficio del ejercicio de la función jurisdiccional, sino que constituye una importante garantía para los ciudadanos, que tienen derecho a acceder a la justicia y a conocer las razones por las cuales la sentencia se profirió en un determinado sentido⁴³⁵. La obligación que tienen los jueces de justificar sus fallos, garantiza su transparencia, imparcialidad y rectitud. Por eso, hoy se considera que la motivación de las sentencias constituye un componente del derecho fundamental al debido proceso que se erige como una barrera a la arbitrariedad judicial, por cuanto contribuye al control sobre la racionalidad y corrección de la providencia que decide el caso⁴³⁶.

La exigencia de motivación constituye, por tanto, uno de los signos más importantes de los esfuerzos que se hacen actualmente en el campo

de la “*decisión sin motivación*” como una categoría independiente de la del “defecto sustancial” como vicio de procedibilidad que afecta el debido proceso. Este defecto consiste en el “incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”. Corte Constitucional. Colombia, Sentencia C-590 de 2005.

⁴³⁵ La obligación de los jueces de esgrimir las razones que justifiquen sus fallos, sirve de mecanismo interno en lo administrativo, para la materialización del principio constitucional de respeto por el debido proceso, de manera que jueces superiores puedan ejercer un *control* de las razones justificativas esgrimidas por jueces de instancias inferiores; así mismo, este control se lleva a cabo por parte de los abogados de las partes, quienes, conociendo los argumentos presentados por el respectivo juez en la sentencia, tienen la posibilidad de debatirlos haciendo uso de los diferentes recursos que la ley prevé. También es importante para la legitimación del poder ejercido por el Estado sobre los ciudadanos. Si las razones que se expresan como soporte de una decisión judicial no dan cuenta de la realidad del derecho—lo cual no refiere a aspectos administrativos sino sustanciales de la función judicial—, la rama judicial del poder público se deslegitima y, más temprano que tarde, la sociedad les reclamará por la injusticia que esto genera.

⁴³⁶ En la sentencia T-233 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte precisó lo siguiente: “(...) la motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”.

jurídico, por hacer que la función judicial sea verdadera administración de justicia⁴³⁷. Frente a las tesis que enfatizan que la motivación de los fallos judiciales ha de tener lugar a partir del modelo silogístico, hoy emergen nuevos planteamientos que, al referir a las razones justificativas dentro de las sentencias, resaltan factores tópico-retóricos y argumentativos, en los cuales lo pragmático tiene especial relevancia⁴³⁸. Para estos últimos, “justificar una decisión en un caso difícil significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas”⁴³⁹. Por eso, distinguen en la sentencia, la justificación de la justificación externa; la primera, referida a aspectos lógicos-formales, la segunda, a aspectos tópico-argumentativos en los que intervienen factores sociales, políticos y económicos, entre otros⁴⁴⁰.

Buscando hallar un punto de encuentro entre los modelos descritos, algunos filósofos del Derecho han planteado tesis sobre los móviles que han de llevar al juez a fallar en un determinado sentido, recogen elementos de los mismos y los enriquecen con nuevas ideas. En esta línea de pensamiento, Arthur Kaufmann propone una concepción de la función judicial de carácter analógico. El jurista alemán señala que el juez, en la aplicación de los principios y de las normas reguladoras de la conducta, tiene que encontrar la *ratio iuris*, que permite acercar el caso a la norma y la norma al caso, atendiendo allí a las circunstancias particulares del mismo, para buscar,

⁴³⁷ Vid. Calamandrei, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. H. Fix Samudio, Buenos Aires: Ejea, 1960, 115 p.

⁴³⁸ Vid. Caprio Leite de Castro, Fabrio. “Aspectos filosóficos de la motivación judicial”. En: *revista telemática del Derecho*, número 6, 2002/2003, 205 p.

⁴³⁹ Atienza, Manuel. *La razones del Derecho*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1991, pp. 25 y 26.

⁴⁴⁰ Aquí se ubican las tesis de la tópica jurídica, que plantea la idea de un juez que elige las premisas sobre las que va a soportar sus inferencias lógicas, hasta llegar a la decisión. Es una postura teórica de naturaleza dialéctica que posibilita examinar los términos del litigio atendiendo a diversos factores –no solamente normativos– desde los cuales puede ser resuelto. Chaim Perelman, en esta línea de pensamiento, afirma que el raciocinio jurídico no debe ser considerado una simple operación deductiva, so pena de olvidar las valoraciones que guían el proceso de aplicación de la ley. Cobran importancia entonces las técnicas discursivas que buscan provocar la adhesión de las personas a las tesis planteadas y que retornan lo jurídico al campo de la racionalidad práctica, en donde el ejercicio de diálogo, en busca de la corrección, deviene fundamental y en donde los principios cobran especial vigor. Vid. Perelman, Chaim. *Lógica jurídica*. Sao Paulo: Martins Fontes, traducción de Veginia Pupi, 1996, pp. 140 y 154.

a través de una correspondencia legítima, la correcta administración de justicia⁴⁴¹. El valor de los argumentos dados en la motivación de la sentencia depende de su referencia a esta “razón del derecho”, proceso en el cual, hay una exigencia de respeto por la persona como relación básica del derecho⁴⁴². Kaufmann escribe como respuesta a la pregunta por el objeto de la justicia, lo siguiente: “Necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo ontológico y procesal. Eso que se busca sólo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico [...] sino el hombre como persona [...], es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres y con las cosas. Todo orden tiene un carácter relacional semejante. Las relaciones personales del ser humano son aquellas que el discurso jurídico como tal identifica, pues en principio siempre se legitima el derecho del modo en que a cada quien confiere competencia como persona: el *suum iustum* (sobre todo con la garantía de los derechos fundamentales y humanos)”⁴⁴³.

La pluralidad de posturas teóricas en torno a los motivos o móviles que llevan al juez a fallar, si bien muestran que hay un interés por buscar que los jueces, a través de sus sentencias realmente administren justicia, tienen la dificultad de que no entienden de la misma manera lo que es el derecho y la justicia, lo cual dificulta superar las polaridades⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ En esta misma línea se encuentra la reflexión de Michel Taruffo con la teoría estructural, con la que busca hacer una síntesis entre los modelos de la subsunción y el tópico-argumentativo. Al hablar de la motivación de la sentencia judicial, distingue entre el contexto decisorio y el justificativo. El primero, consistente en exponer las relaciones de implicación mutua entre la norma y el hecho para, a partir de allí, cualificar el segundo y emitir el fallo. El segundo, referido a la crítica racional que se puede operar sobre el contexto decisorio. Taruffo, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, pp. 150 y 223. Cit. Caprio Leite De Castro, Fabio. *Aspectos filosóficos de la motivación judicial*. Op. Cit. pp. 205 y ss.

⁴⁴² Vid. Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Op. Cit. pp. 284.

⁴⁴³ Ibid. pp. 508.

⁴⁴⁴ Ello se puede constatar en los diversos escritos que se elaboran actualmente y que se enfocan en la sentencia, su motivación, las razones justificativas que la soportan, la objetividad y corrección de las mismas, etc. Para verificar esta diversidad de posturas teóricas, pueden leerse —entre muchos otros escritos— los siguientes: López, Diego. El derecho de los jueces, Bogotá: Legis — U. de los Andes, 2da ed. 2007, pág. 265 y ss. Caprio Leite, Fabio. Op. Cit. pp. 205-225; Mora Restrepo, Gabriel. “Razón práctica y teoría del Derecho. A propósito del oficio del jurista”, en *Revista Teoría del derecho Dialnet* número 15, septiembre de 2006, Colombia, pp. 307-322; Rodríguez, Fernéy. “Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial”. En *Revista Teoría del derecho Dialnet* 6, 28 de mayo de 2009, Colombia, p.69-78; Finnis, John. “Derecho

La tesis planteada a lo largo de estas líneas –como podido constatar el lector– es que las razones que plantean los jueces para justificar sus fallos –aquellas que les han motivado– tienen mayor o menor fuerza según se correspondan con la *realidad* del derecho⁴⁴⁵. En ese orden de ideas, el jurisdicente encontrará corrección en sus fallos en la misma medida en que asuma una actitud abierta a la verdad sobre el derecho y a lo que su garantía y respeto representa para la vida personal y para el orden social. La recta administración de justicia consiste en dicha garantía o realización efectiva de los derechos.

2.3.4. LAS RAZONES JUSTIFICATIVAS Y SU FUNDAMENTO

Como se ha señalado, lo propio y exclusivo de la función judicial es adjudicar el derecho a su legítimo titular en forma oportuna, es decir, que él lo vea realizado de manera efectiva. La exigencia que se hace a los jueces de expresar las razones sobre las que soportan las sentencias, está funda sobre su misión de restablecer el orden existente entre las personas y sus derechos, el cual se ve alterado por diversos factores en el marco de las relaciones sociales. Las razones que mueven al juez a fallar de determinada forma para cerrar el debate sobre los derechos⁴⁴⁶ –por el hecho de ser *razones*–, tienen que ser expresión de su conocimiento sobre el derecho y los elementos que lo estructuran; sobre los hechos que dieron origen al litigio y las pruebas que los soportan y, finalmente, sobre las circunstancias particulares del caso a través de la deliberación prudencial. Todo ello hace parte de la administración de justicia que le ha sido confiada⁴⁴⁷.

natural y Razonamiento jurídico”. En *Anuario Filosófico de la universidad de Navarra* número 33, 1995, España, p.10-39; Viola, Francesco. “The judicial truth”, En *Anuario Filosófico de la Universidad de Navarra* número 32, 1995, España, p.249-254; Leiter, Brian. *Objectivity in law and morals*. Cambridge University Press. New york. 2007, pp. 1-14; Kramer, Matthew. *Objectivity and the rule of law*. Cambridge University Press. New york. 2007, pp. 1-11.

⁴⁴⁵ El alcance de esta expresión ha sido explicado en el capítulo primero de esta segunda parte, al abordar la cuestión sobre el objeto formal de la inteligencia de quien realiza el acto de juicio.

⁴⁴⁶ Garrido Gómez, María I. *La predecibilidad de las decisiones judiciales*. Op. Cit. 55 p.

⁴⁴⁷ El culmen del acto humano judicativo jurídico es la decisión tomada en justicia, razón por la cual al juez se le llama “administrador de justicia”. J. Hervada explica respecto de la noción tradicional de la justicia, que ella “tuvo dos redacciones romanas: “ius

La racionalidad de las sentencias –a la cual refieren las distintas teorías jurídicas contemporáneas– demanda rigurosidad en el procedimiento lógico que se realiza a partir de los principios y normas aplicables a cada caso, en su interpretación, así como en la consideración de las cuestiones fácticas particulares del caso; pero además, por ser la racionalidad una característica de la inteligencia humana –tal como se indicó en el primer capítulo de esta segunda parte–, supone correspondencia con la realidad jurídica⁴⁴⁸. El acto que realiza el juez al administrar justicia, sigue al hecho de la existencia del derecho, que es el objeto –la cosa– que se administra. Por tanto, si el derecho no existiera para administrarlo –adjudicarlo a su titular–, la función judicial carecería de sentido; en otros términos, la función judicial existe porque existe el derecho.

Las razones justificativas que esgrimen los jueces como soporte de sus sentencias, deben elaborarse sobre la validez de cada enunciado empleado

suum cuique tribuendi” y “Suum cuique tribuere”. Las dos están en el *Digesto*. La diferencia entre ambas estriba en que la primera habla de dar a cada uno *su derecho* (*ius suum*) y la segunda, que ha prevalecido, dice dar a cada uno *lo suyo* (*suum*). ¿Y qué diferencia sustancial hay entre una y otra? Ninguna, salvo la literal. *Ius suum* y *suum* son sinónimos, porque el derecho de cada uno –en el pensamiento de los autores de la fórmula, que tiene su antecedente en Aristóteles y sigue Tomás de Aquino– es la cosa de cada uno, lo suyo. ¿Luego el derecho no es la ley ni el derecho subjetivo? En efecto, el *ius* o derecho es la cosa de cada uno. Se trata del *realismo* (de *res*, cosa) *jurídico clásico*”. Pero el jurista también es experto en la equidad: arte de armonizar la justicia con otras virtudes porque la justicia no puede aislarse del marco general de las relaciones humanas en donde hay otros valores. Allí está la equidad, que la Constitución Colombiana considera, en su artículo 230, criterio auxiliar para la actividad judicial; la equidad tiene como función el armonizar los deberes de la justicia con otros deberes como la solidaridad, la seguridad, el orden, etc. “La equidad atempera el deber y acomoda el derecho”. Hervada, Javier. Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. En: Revista Dikaion, vol 2, 1988, Universidad de la Sabana, Bogotá, pp. 9 y 19. Y en otro texto señala que “dar a cada uno lo suyo es necesidad social, que al cumplirse, es derecho social”. Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. Cit. p. 6.

⁴⁴⁸ Realidad que, como se ha indicado a lo largo del texto, es lo debido a las personas por constituir lo suyo. El juez, dentro del marco de las relaciones sociales, tiene la función de determinar qué cosas corresponden a cada una de las personas y dárselas en cumplimiento de su función de administrar justicia. Dicho derecho tiene un fundamento, un título, un titular, una medida, una finalidad, elementos que, como se ha señalado, deben ser conocidos por el juez como presupuesto para proferir decisiones que realicen dicho derecho de manera efectiva. Vid. Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. Cit. pp. 27.

en la decisión⁴⁴⁹. Dicha validez depende de su conformidad o adecuación con la realidad del derecho, más allá de lo aparente o deseable⁴⁵⁰. Por ende, la racionalidad de la sentencia se mide, tanto por su rigor procedimental, como por su conformidad con dicha realidad. Así, al valor de lo lógico-argumentativo en las providencias judiciales, es necesario agregar aspectos de contenido, sin los cuales, las razones justificativas esgrimidas por los jueces, se pueden convertir en “ropajes justificativos” caracterizados por tener un fundamento aparente⁴⁵¹.

Las razones para la determinación final respecto de los derechos necesitan, por tanto, de un fundamento que les sirva de soporte⁴⁵². Cuando los argumentos que contienen la justificación de un fallo, no se corresponden con la realidad del derecho, las razones en ellos esgrimidas carecen de fundamento⁴⁵³. Es preciso tener presente que las razones justificativas planteadas en una sentencia que tenga pretensión de corrección, son producto de realidades externas al juez y no de sus procesos psicológicos internos o de argumentos formalmente bien contruidos. Ello es así, por cuanto, como se indicó al analizar los elementos intelectual y volitivo del acto humano judicial, tanto la inteligencia como la voluntad, en su operación, son alterativas, esto es, están dirigidas a objetos que son externos a ellas, lo cual, abre la posibilidad de juzgar un fallo judicial como correcto o incorrecto,

⁴⁴⁹ El término justificación viene del latín *iustificatio-onis* que significa conformidad con lo justo, esto es, con el derecho (*Ius*); el término aplicado de manera extensiva a otras realidades distintas de la jurídica significa conformidad con lo que la verdad. Si las razones que integran una justificación no se adecuan a la realidad, no se constituyen en verdadera justificación.

⁴⁵⁰ Cfr. Millán Puelles, Antonio. *El interés por la verdad*. Madrid: Rialp, 1997, pp. 39.

⁴⁵¹ La expresión “ropajes justificativos” es tomada de Gabriel Mora Restrepo quien, al referirse a ello, sostiene que, en determinados casos difíciles algunos jueces buscan imponer sus propias concepciones personales. Tanto los textos jurídicos de textura abierta como los principios constitucionales, permiten este tipo de construcciones, y la discrecionalidad judicial opera como la explicación metodológica idónea para llevar a cabo esos “ropajes” justificativos y razonamientos “aparentes”. Mora, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Op. Cit. pp. 157.

⁴⁵² Como se indicó al estudiar el acto judicial jurídico como acto de inteligencia, el juez puede conocer dicho fundamento por la capacidad intelectual que posee y que le faculta para acercarse al conocimiento de lo que es del derecho, más allá de sus *fenómenos*.

⁴⁵³ La fundamentación se concentra en los supuestos o bases en que descansan o se apoyan las razones o motivos de una justificación. Vid. Mora, Gabriel. *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Op. Cit. p. 26.

por vía de contrastación con lo real⁴⁵⁴. Entender el derecho es advertir lo que es y verlo claro en medio de las circunstancias fácticas del caso concreto. Como ya se advirtió, el orden que representa el reconocimiento del derecho a su titular, mueve la voluntad de quien juzga que, con libertad de arbitrio, se orienta hacia dicho fin.

Un fallo judicial bien fundamentado es aquel en el que los argumentos que lo integran, contienen razones suficientes –con fundamento *in re*– que le sirven de soporte, las cuales permiten validar su grado de verdad o correspondencia con la realidad del derecho, lo cual justifica el que se tome la decisión en un sentido y no en otro, y, con ello, se aleja la sombra de la arbitrariedad, que se traduce en ausencia de libertad de arbitrio⁴⁵⁵. Esta validación es lo que permite distinguir un argumento bueno de otro que no lo es, más allá de su consistencia lógico-formal, de su fuerza persuasiva o de su poder de aceptación social⁴⁵⁶. Las razones justificativas de una sentencia que carecen de soporte material le convierten en un instrumento orientado a la realización de fines que no le son propios y, en consecuencia, afectan, tanto el derecho demandado que no se adjudica a su titular, como el derecho a la recta y cumplida administración de justicia.

El desconocimiento en el objeto del juicio que realiza el jurisdicente, se transfiere al juicio mismo. De allí la importancia que tiene el incorporar

⁴⁵⁴ Realidad jurídica que se soporta en la persona como fuente esencial de juridicidad. Ni la atribución ni la deuda ni la medida del derecho, ni tampoco la justicia, pueden entenderse sin una referencia a la persona. El carácter *debitorio* del derecho tiene su basamento en el hecho de ser el hombre, persona. La posesión de un derecho que obliga a los demás a respetarlo se asienta en el dominio que la persona tiene sobre sí misma. En esta capacidad de apropiación se fundan el derecho y la justicia. Vid. Hoyos, Ilva. *Prólogo a la introducción crítica al derecho natural del Javier Hervada*, Temis, Bogotá, 2000, pp. XXI.

⁴⁵⁵ Esta es una de las razones por las que se obliga a los jueces a expresar las razones que soportan sus decisiones. Perelman, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Monografías Civitas, traducción de Luis Diez-Picazo, 1979, 202 p.

⁴⁵⁶ Como se ha indicado a lo largo de estas líneas, la apelación al derecho como aquello que “hay que dar” en la sentencia, es una forma de acudir a lo real como fuente de verdad. Como afirma Jaime Mans Puigarnau: “Pero el que en principio sea admisible este doble enfoque de la problemática del pensar –la de la forma y la del contenido–, no quiere en modo alguno decir que la lógica general deba desentenderse de la necesaria conexión de las formas del pensamiento con la realidad pensada, es decir, el problema del conocimiento verdadero, ya que la búsqueda y posesión de la verdad constituye precisamente la razón de ser de la lógica”. Mans, Jaime. *Lógica para juristas. Op. Cit.* 25 p.

el derecho, en tanto realidad que existe con independencia de la capacidad intelectual del juez, como razón justificativa fundamental de los fallos judiciales. La tesis aquí propuesta respecto de las razones justificativas de las sentencias, se integra a la que se ha hecho a lo largo del texto respecto del acto judicativo jurídico como acto humano. Dicha tesis cumple una función crítica de cara a lo que hoy en día se escribe en torno a la función judicial y a lo que se consideran “razones válidas” en la justificación de las sentencias. Estas razones, atendiendo a diversos criterios que se soportan en las más variadas concepciones sobre el derecho, no siempre atienden a la finalidad propia de la función judicial que es la administración de justicia –o administración del derecho, cuyo objeto es, precisamente, el derecho mismo, es decir, lo debido a la persona⁴⁵⁷. Por eso, se ha insistido a lo largo de estas líneas en que la razón de ser de los jueces, en cuanto administran justicia, es la realización efectiva de los derechos⁴⁵⁸.

La sentencia que reconoce y da el derecho a su legítimo titular, realiza los principios de imparcialidad e independencia que rigen la administración de justicia y permiten adjetivarla como “recta”⁴⁵⁹. En efecto, el juez imparcial e

⁴⁵⁷ Hoy se habla del derecho como una “práctica social discursiva”, que busca integrar las distintas concepciones sobre el mismo. Carlos Cárcova describe esta práctica social así: “Pensar el derecho como una práctica social discursiva significa asumir que consiste en algo más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Que es al mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinantes critican y, además, lo que a nivel de los súbditos opera como sistema de representaciones”. Cárcova, Carlos. *Las teorías jurídicas post positivistas*. *Op. Cit.* 163 p.

⁴⁵⁸ Desde esta perspectiva, aspectos internos del juez –como sus convicciones, intereses personales, sentimientos y emociones–, de los cuales no puede prescindir al momento de realizar el juicio y fallar el caso concreto, son puestos al servicio de una finalidad que le es externa: la realización efectiva de los derechos. En ocasiones, los jueces ofrecen razones con apariencia jurídica para justificar sus decisiones, buscando racionalizarlas aun cuando ellas han sido tomadas ex – ante de manera intuitiva, respondiendo a intereses ajenos a la realización efectiva del derecho. De allí la importancia que reviste la facultad constitucional que tienen los destinatarios de los fallos de debatirlos, cuando se considera que estos niegan el derecho a quien legítimamente lo tiene.

⁴⁵⁹ Josep Aguiló Regla refiere a la imparcialidad y la independencia distinguiéndolas. La *independencia* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social (relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho), mientras que la *imparcialidad* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso. Por ende, la imparcialidad “podría definirse como la independencia frente a

independiente se atiene al derecho preexistente –según lo que le ha mostrado el acervo probatorio– y aleja la influencia de intereses y presiones que pueden provenir de su propia condición personal, de las partes o del medio político, económico o social, que le puedan llevar a negar el derecho a quien legítimamente lo tiene. Además de constituir principios, la imparcialidad e independencia son derechos –cosas suyas– de las personas, a quienes les es debido que el juez que conoce sus causas sea un tercero que no tenga otro interés que el de dar el derecho a su titular⁴⁶⁰.

Por tanto, la rectitud de los fallos judiciales está relacionada con la finalidad que se desprende de la naturaleza misma del derecho y que orienta todo el proceso judicial jurídico: su realización efectiva. Dicha finalidad se alcanza siempre que la inteligencia y la voluntad de quien realiza el acto de juicio se orienten hacia los objetos que les son propios. Por eso, las razones justificativas contenidas en la sentencia, han de responder a las exigencias del derecho –objeto formal de la inteligencia del jurisdicente– y de su realización efectiva –objeto hacia el cual tiende su voluntad–⁴⁶¹. Corolario de lo anterior es que el error en el conocimiento del derecho, se transfiere al juicio que se hace sobre el mismo⁴⁶².

las partes y el objeto del proceso”. Aguiló, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, En: *Isonomía*, N° 6, 1997, pp. 71 y ss. Por su parte, Andrea Meroi señala que las condiciones necesarias para que la imparcialidad judicial se dé son: “a) La configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales actúan como *partes* y el tercero *superpartes*; b) La indiferencia o desinterés personal del juez respecto de los intereses en conflicto y correlativamente, la más amplia recusabilidad del juez por las partes y el deber de excusación de éste; c) La igualdad de las partes, para que la imparcialidad del juez no se vea ni siquiera psicológicamente comprometida por su desequilibrio de poder y no se creen ambiguas solidaridades, interferencias o confusiones entre funciones...” Vid. Meroi, Andrea. “Iura novit curia y decisión imparcial”. En: *revista Ius et praxis*, vol 13, núm. 2, 2007, pp. 385.

⁴⁶⁰ Vid. Montero, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, Lima: Enmarce E.I.R.L. 1999, 109 p.

⁴⁶¹ La justicia es objeto de la voluntad del juez por el bien personal y social que representa el que las cosas estén en poder de sus dueños. Justicia es dar cada uno su derecho. Vid. Hervada, Javier. *Qué es el derecho. Op. Cit.* pp. 15.

⁴⁶² Por ello, el rigor formal en el discurso jurídico, el apego a las normas, la invocación de principios interpretados de manera libre o la aceptación social –entre otras razones– no son condición suficiente para predicar corrección en un fallo judicial. Estos elementos pueden darse en fallos en los cuales no se puede predicar que exista recta administración de justicia. La corrección de un fallo depende de su ajuste al derecho, fuente de la

Saber qué es lo que le corresponde a una persona en el marco de las relaciones sociales, no siempre es fácil; a veces esta tarea se dificulta por la naturaleza de las circunstancias que rodean el caso concreto. Por eso, la deliberación prudencial y el acto de adjudicar el derecho son inseparables. Como se indicó en el capítulo anterior, el método prudencial –propio de la deliberación judicial–, exige saber qué derecho hay que dar, a quién hay que darlo, cuándo hay que darlo, cómo hay que darlo, dónde hay que darlo, en qué se soporta la necesidad de darlo, en qué medida hay que darlo y para qué hay que darlo; luego, mediante un acto de imperio, el juez materializa todo este conocimiento en su sentencia. Esto es lo que constituye lo que, desde Roma, se ha llamado prudencia del derecho, *iuris prudentia*, de donde vino la palabra jurisprudencia⁴⁶³.

verdad jurídica. Hoy en día, existe consenso al interior de la Teoría del Derecho sobre la necesidad de encontrar criterios de corrección para las sentencias, que sean sólidos. Dicha solidez, según la tesis aquí defendida, se alcanza cuando el fallo se aviene al derecho. Por eso, a la exigencia de concreción, claridad, coherencia lógica, congruencia y apreciación de las pruebas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica –criterios que sin duda revisten importancia dentro de la justificación de la sentencia– hay que agregar su correspondencia con el derecho y con su fundamento que es la persona.

⁴⁶³ En Roma, esto constituía un arte, a veces sencillo a veces complejo de realizar. A los expertos en este arte, es decir, en conocer el derecho de cada cual y declararlo, se les llamó juristas. Su misión era decir el derecho (la *iuris dictio*), con lo cual terminaba la controversia en torno a los derechos, es decir, la controversia jurídica. Vid. Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Op. Cit. pp. 3.

CONCLUSIONES

La caracterización que se ha hecho a lo largo de este texto de la función judicial como acto humano, ha permitido demostrar la tesis planteada al inicio del mismo. Frente a la paradoja que constituye el disponer de un buen número de modelos de función judicial provenientes de diversas teorías jurídicas de marcada influencia en Colombia y, a la vez, evidenciar la creciente insatisfacción por la manera como se está administrando justicia, el estudio realizado sobre el acto judicialivo jurídico –sobre la base teórica aportada por la filosofía jurídica clásica– arroja luces que pueden contribuir a la reflexión en torno a la corrección de las decisiones judiciales⁴⁶⁴.

Como corolario de los análisis realizados a lo largo de este texto puede afirmarse lo siguiente:

1. Al interior de la reflexión jurídica actual se hace énfasis en que la realización efectiva de los derechos de las personas es el fin que ha de alcanzarse a través de las decisiones judiciales; sin embargo, la multiplicidad de nociones de las que disponemos respecto de lo que es el derecho, así como la confusión de sus objetos propios de estudios con el de otras ciencias que le son cercanas, se traslada a la función judicial de la que se exige cumplir la función de realizar dichos derechos.
2. El interés actual por la protección de los derechos y su creciente reclamo –especialmente de aquellos llamados fundamentales– muestra la importancia que tiene buscar alternativas de solución al problema de la realización efectiva de los éstos, y que a juicio de quien escribe estas líneas, es también –y muy principalmente– de carácter gnoseológico.

⁴⁶⁴ Los análisis hechos a lo largo del texto respecto de la función judicial como acto de inteligencia y de voluntad, cuya manifestación externa se halla en la sentencia, abre una puerta para aquellos que prefieren solucionar las controversias que se presentan en torno a sus derechos, bien por su propia mano, bien resignándose a perderlos por falta de credibilidad en quienes administran justicia. Para el juez, entender que su labor es un acto humano judicialivo realizado respecto de derechos ajenos, más allá de los condicionamientos internos y externos que pueden estar presentes en dicho acto de juicio, le abre la posibilidad de administrar justicia rectamente.

3. La amplia cantidad de escritos de los que se dispone actualmente, que centran sus reflexiones sobre las decisiones de los jueces, han bebido –en su mayoría– de las fuentes del giro del conocimiento que tuvo lugar en la modernidad, y no parecen estar dando respuesta a la creciente demanda de justicia por parte de la sociedad. La función judicial atraviesa por una especie de carrera de obstáculos que deben ser salvados; so pena de que la administración de justicia corra el riesgo de precipitarse hacia un abismo, con las consecuencias que ello tiene para el orden social y la estabilidad política.
4. Abordar el estudio del acto judicativo jurídico como acto humano implica adentrarse en el análisis de la inteligencia y de la voluntad. La inteligencia, en su uso teórico, faculta al juez para acercarse al conocimiento de lo que es el derecho; en su uso práctico, la inteligencia del juzgador se relaciona con el fin de la acción judicativa que realiza, esto es, la administración de justicia. Los dos usos están presentes en el acto judicativo y, en cuanto maneras de operar de la capacidad intelectual humana, tienen un referente real –el derecho– que no se puede pretermitir, y cuya realización efectiva, se convierte en el barómetro fundamental para medir la rectitud del juicio.
5. El acto de juicio que realiza el juez –dada su naturaleza intelectual– está ligado a la realidad; sin este referente, todo acto judicativo se vicia desde su base. Por eso, la elaboración de juicios y raciocinios por parte del juez, que tiene lugar a partir de esa captación de lo real, depende –en su validez– de su conformidad con lo que es el derecho, cuya realización se convierte en el paradigma de un fallo judicial como correcto.
6. Para evidenciar el derecho es preciso partir de lo real, espacio en el cual se revela su carácter relacional. Cuando se adjetiva una realidad como jurídica, se está aludiendo, no a una sustancia sino a una relación: aquella que se establece entre una cosa y una persona que es su titular o dueño. Este carácter está recogido en la definición de la palabra *Ius* que aparece en el título primero del Digesto en donde el derecho es definido como *res iusta*. Si el juez tiene por misión decir el derecho (*iuris-dictio*), ha de indicar lo que es de cada uno –lo justo en cuanto ajustado a él y en la medida que le corresponde– y hacerlo efectivo.
7. La existencia del derecho exige su realización efectiva, por cuanto representa un *debitum* para con alguien –por ser su titular y, por tanto, debida a él– que tiene la facultad de exigirlo.

8. La persona es el fundamento del derecho por ser el único ente capaz de ser principio de sus propias acciones y de llamar a las cosas “suyas”. Romper en la decisión judicial la relación ontológica que existe entre el ser personal y los derechos, constituye no solamente el error lógico denominado petición de principio, sino que, como consecuencia de ello, se derivan factores desarticuladores para la vida social.
9. El fin de una cosa es un efecto que es proporcionado a su realidad y representa para ella su perfección. Esta finalidad o razón de ser de la realidad del derecho reside en que esté ordenado a su titular y que éste pueda ejercer sobre él pleno dominio. Si el derecho es lo debido, su razón de ser es que sea dado a su titular, con lo cual se realiza el orden relacional existente entre la persona, sus derechos y los otros. El garante de ese orden es el juez.
10. La realización efectiva de los derechos es la finalidad propia de la decisión judicial. El término realizar refiere estrictamente al concepto de realidad, y éste, a su vez, refiere a lo real, en cuanto actuado y actualizado. Esto significa que cuando se habla de realización de algo, si bien se da cuenta de un sujeto que lo ejecuta o actúa, se pone el acento en algo que es con independencia del sujeto y que, por ende, no debe su existencia a él. Cuando el juez, al proferir la sentencia alcanza esa identidad intencional con la realidad del derecho, entonces su decisión, en cuanto da cuenta de eso que es real, se adjetiva como realizadora “de”...
11. Los procedimientos lógico-argumentativos que realiza el juez, no obstante su importancia por corresponder a la forma como opera la inteligencia humana –por partes (*ratio*)–, no representan un fin en sí mismo, sino que son un medio para que los derechos se vean realizados de manera efectiva.
12. El acto judicialivo jurídico es una actividad práctica y, por ende, exige un salto de lo teórico-especulativo, a lo concreto de la conducta humana, desplegada frente a un caso específico; allí, además del conocimiento aportado por la facultad intelectual, se precisa que la voluntad de quien juzga, realice aquello que la inteligencia le muestra.
13. La actividad volitiva del juez es la forma como la voluntad, en cuanto potencia, se perfecciona. La razón de ser del acto judicialivo jurídico es la administración de justicia, esto es, la realización efectiva de los derechos; por ende, el acto volitivo del fallador está definido por di-

cho objeto. La actividad volitiva es deliberativa, es decir, no es mero deseo, apetencia o impulso, sino que es un acto de voluntad en donde la elección, por ser deliberada, es exigida.

14. La libertad de arbitrio del juez consiste en que su voluntad elige entre las posibilidades que la inteligencia le indica ser la más adecuada o verdadera, teniendo en cuenta también las que desaconseja por no corresponder a su función o ser contrarias a ella. Arbitrar es, pues, juzgar; pero no de cualquier manera, sino atendiendo a la realidad que ilumina la inteligencia, esto es, de manera deliberada.
15. El método o forma propia de deliberación que sigue quien busca obrar con rectitud es el prudencial. El camino de la prudencia posibilita el conocimiento respecto de lo que conviene hacer y el mejor modo de llevarlo a cabo en la situación particular y concreta. En razón de ello, el juez que obra con prudencia lo hace producto del contacto de su capacidad intelectual con lo real; allí, descubre la existencia de los primeros principios de la razón aplicada al obrar, la realidad del derecho con sus notas estructurantes y las circunstancias concretas del caso que ha sido sometido a su juicio; de allí que la decisión judicial correcta sea la prudencial que indica lo más conveniente. El conocimiento de estas realidades, capacita al juez para administrar justicia con rectitud.
16. La inteligencia y la voluntad son facultades y, por tanto, susceptibles de ser perfeccionadas en sus actos; por tanto, la actividad judicial, a la vez que perfectible, puede verse disminuida por impedimentos de índole personal y/o social que afectan estos dos principios esenciales de los actos humanos y, por ende, la rectitud o corrección del juicio. En lo que respecta a la persona, la ignorancia y las pasiones constituyen las dos principales limitantes del acto humano judicialivo jurídico; a nivel social, lo son las estructuras sociales en las que el juez se halla inmerso y dentro de las cuales actúa.
17. La deliberación prudente del juez se exterioriza en una decisión o acto de imperio que es constitutivo específico del fallo judicial. La sentencia es, por tanto, el instrumento mediante el cual se materializa la actividad judicialiva del juez, en la cual se reconoce y adjudica el derecho a su titular; esta adjudicación constituye un acto de orden en el que el principio ordenador es el mismo derecho.
18. Actualmente se considera que la motivación de las sentencias constituye un componente del derecho fundamental al debido proceso. La

obligación de justificar los fallos tiene como finalidad garantizar su transparencia, imparcialidad, rectitud, que integran el concepto de corrección de la sentencia, lo cual se soporta en la finalidad que se exige de su labor que consiste en la realización efectiva de los derechos.

19. La racionalidad de las sentencias –a la cual refieren las distintas teorías jurídicas contemporáneas– demanda rigurosidad en el procedimiento lógico que se realiza a partir de los principios y normas aplicables a cada caso, en su interpretación, así como en la consideración de las cuestiones fácticas particulares del caso; pero además, por ser la racionalidad una característica de la inteligencia humana, supone correspondencia con la realidad jurídica y con los referentes jurídicos fundamentales. El acto que realiza el juez al administrar justicia, sigue al hecho de la existencia del derecho, que es el objeto –la cosa– que se administra. Por tanto, si el derecho no existiera para administrarlo –adjudicarlo a su titular–, o los elementos que lo constituyen, la función judicial carecería de sentido; en otros términos, la función judicial existe porque existe el derecho. Cuando los argumentos que contienen la justificación de un fallo, no se corresponden con la realidad del derecho y los elementos que le estructuran, las razones en ellos esgrimidas carecen de fundamento.
20. El desconocimiento en el objeto materia del juicio –el derecho– que realiza el jurisdicente, se transfiere al juicio mismo. La sentencia que reconoce y da el derecho a su legítimo titular, realiza los principios de imparcialidad e independencia que rigen la administración de justicia y permiten adjetivarla como “recta”. Por tanto, la rectitud de los fallos judiciales está relacionada con la finalidad que se desprende de la naturaleza misma del derecho y que orienta todo el proceso judicativo jurídico: su realización efectiva.
21. La libertad de arbitrio que tiene un juez para fallar un caso que le es sometido a su juicio es una libertad para “fallar en positivo”. Fallar en positivo significa: 1. Que el fallo es producto de un acto de la inteligencia y de la voluntad del juez, es decir, que la sentencia es un acto humano. 2. Que el objeto material a realizar a través de dicho acto –sobre el que recae la decisión– es el derecho en tanto *lo debido* a otro, bien sea persona natural o jurídica. 3. Que la razón de ser de la sentencia, instrumento a través del cual se materializa el derecho es, precisamente, su realización efectiva. 4. Que si dicha finalidad de realizar

el derecho no se alcanza mediante la sentencia, se anula la libertad de arbitrio, la cual pasa a ser sustituida por arbitrariedad. Por eso, la libertad del juez es para fallar en positivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, A. (1991). "Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica". Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Aguilar, G. (2010). "Derechos fundamentales-derechos humanos: ¿una distinción válida en el siglo XXI?" En: UNAM, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XLIII, número 127, enero-abril.
- Aguiló, J. (1997). "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". En: *Isonomía*, N° 6.
- Alarcón, E. (2000). "El debate sobre la verdad". Pamplona: Eunsa, Pamplona, En: *Cuadernos de Anuario filosófico*, número 103.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, Madrid.
- . (2005). *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares.
- . (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . (1998). *Derecho y razón práctica*, México: Fontamara.
- . (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: U. Externado. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 28, orientada por Luis Villar Borda.
- Alvira, T. et alt. (1989). *Metafísica*. Pamplona: Eunsa.
- Andino, C. "Duncan Kennedy o la oportunidad de abordar el Derecho desde un abordaje alternativo". En: ErgaOmnes.com.ar el 03/06/2011 y recuperado el 7/06/2012.
- Aparicio, C. *Introducción al derecho*, siglo XXI, Bogotá.
- Arango, R. (2001). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Uniandes y Siglo del hombre.
- Aristóteles, (1985). *Ética a Nicómaco*, Madrid: Gredos.
- . (1995). *La física*, Madrid: Gredos.
- . (2000). *La política*. Versión directa del original griego. Prólogo y notas de Manuel Briceño Jáuregui, Bogotá: Panamericana,
- . (1978). *De Anima*, Madrid: Gredos, Trad. Tomás Calvo.
- . (1994). *La Metafísica*. Madrid: Gredos.
- . (2001). *Tratados de lógica: El organon*. México: Porrúa.

- Atienza, M. (1991). *La razones del Derecho*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales.
- . (1991). *Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . (2003). *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel.
- . (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Austin, J. (1981). *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. Felipe González, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barahona, A. & Torrens, E. “El telos aristotélico y su influencia en la biología moderna”. En *revista Ludus Vitalis*, volumen XII, número 21, año 204.
- Barrio Maestre, J. “Libertad y realidad. Observaciones acerca de la indole reiforme de la libertad humana”. En: *Pensamiento y cultura*, número 4.
- Basso, D. *Los fundamentos de la moral*. Buenos Aires: Centro de Investigaciones en ética biomédica.
- Batiffol, H. (1995). *Filosofía del Derecho. Colección, ¿Qué sé?* México: publicaciones Cruz O., S.A.
- Berlin, I. (2008). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, trad. A. Rivero, Madrid: Alianza.
- Bernal, C. (1989). “Estructura y límites de la ponderación”. En: *de Filosofía del Derecho*, Doxa, número 26, Universidad de Alicante.
- Beuchot, M. (2004). *Introducción a la filosofía de Santo Tomás*. Salamanca: Ed. San Esteban.
- Bobbio, N. (1989). “El Estado y el poder”. En: *Estado, gobierno y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- . (2003). “El concepto de política”. En *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- . (2003). “Los confines de la política”, En: *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- Bochenski, J. M. (1958). *Los métodos actuales del pensamiento*. Trad. Raimundo Brudis. Madrid: Rialp.
- Bodenheimer, É. (1983). *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Boecio, M. “Segundo comentario a la Isagogé”. Libro II, Cap. 7. Citado por Culletó, Alfredo. En: *tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia), Ricardo de San Víctor (existencia) y Escoto (incomunicabilidad)*.
- Breton, S. (1976). *Santo Tomás*. Madrid: Edaf.
- Brufau Prats, J. (1983). *Introducción al derecho. El ser del derecho*. vol II-I. Salamanca: Artes gráficas.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Trad. H. Fix Samudio, Buenos Aires: Ejea.
- Calvo González, J. (1999). “La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”. En: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán: Giuffrè, , fasc 1.
- Caprio Leite de Castro, F. 2002/2003 “Aspectos filosóficos de la motivación judicial”. En: *revista telemática del Derecho*, número 6,.

- Caracciolo, R. (1988). "Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial". En: *análisis filosófico*, 7, 1.
- Cárcova, C. (1999). *Opacidad del derecho*, Madrid: Trotta.
- . (2009). *Las teorías jurídicas post-positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cárdenas P., A. (2002). *Persona: solitario social en Tomás de Aquino*. Bucaramanga: Usta.
- Cárdenas, A. & Guarín, É. (2006). *Filosofía y Teoría del Derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann*, Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- . (2010). *Filosofía Política y del Derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Bobbio, Rawls, Chomsky y Alexy*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Cardona, C. 1966. *Metafísica de la opción intelectual*, Madrid: Rialp
- Colomer H., I. (2001). "La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo". En: *revista de derecho procesal* número 1-3, Madrid.
- Congreso de la República. Colombia. Leyes: 1437 de 2011 y Ley 1564 de 2012.
- Copi, I. (1974). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Copleston, F. (1960). El pensamiento de Santo Tomás, México: Fondo de cultura económica.
- . (1973). *Historia de la Filosofía*. Tomos V y VI, Barcelona: Ariel,
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencias: T-182 de 1996; C-577 de 2011; T-259 de 1998; T-662 de 1999; T-143 de 1999; T-542 de 1992; C-663 de 1996; C-355 de 2006; SU 641 y 642 de 1998.
- Corte Suprema de Justicia. Colombia. Sala de Casación Penal, acta 291 del 15 de septiembre de 2009, Ref. 27032.
- Cossio, C. (1963). *La teoría egológica. Su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- . (1944). *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Losada, S.A.,
- Cruz, J. (2007). *Intelecto, razón y entendimiento*, Pamplona: Universidad de Navarra.
- Culletón, A. Tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia) Ricardo de San Víctor (existencia) y Escoto (incomunicabilidad), En: *revista española de filosofía medieval*, número 17.
- de Aquino, T. (1952). *Suma Teológica. Cura Fratrum eiusdem Ordinis*, Madrid: BAC, 1952.
- . (2001). *Comentario a la ética a Nicómaco*. Traducción de Ana Mallea, estudio preliminar y notas de Celia A. Lértora Mendoza, Pamplona: Eunsa.
- De Hipona, A. (2003). *Confesiones*, Madrid: Ciudad nueva.
- De Koninck, Ch. (1952) *De la primacía del bien común*. Trad. Artigas. Madrid: Ed. Cultura Hispánica.
- De Sousa Santos, B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce.
- . (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.

- Derisi, O. (1944). *Filosofía moderna y filosofía tomista*. Tomo I, 2da edición. Buenos Aires: Guadalupe,
- Derisi, O. (1945). *La doctrina de la inteligencia de Aristóteles a Santo Tomás*. Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires.
- Descartes, R. (1983). *Discurso del método*. Madrid: Orbis.
- Díaz, E. (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- Díaz, J. (2010). El derecho “supralegal” frente a graves violaciones de derechos humanos. En “lecciones y ensayos”, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Número 88.
- Diccionario Ilustrado Latino-Español Español-Latino (1950). Barcelona: Spes.
- Dworkin, R. (1990). “Natural Law Revisited” (“Retorno al Derecho Natural”), *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, invierno de 1982. En: “Derecho y Moral: ensayos analíticos”, Barcelona: Ariel.
- . (1988). *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa.
- . (1997). *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino Barcelona: Ariel.
- Errázuris, M. C. J. *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Hans Kelsen*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1987.
- Ferman, C. (1994). *Política y posmodernidad*. Buenos Aires: Almagesto.
- Fernández Galeano, A. (1961). “Ensayo de una concepción hilemórfica del derecho”. En: *Anales de Filosofía del Derecho*. VIII, 1961.
- Fernández Santillán (1996). *Norberto Bobbio: El filósofo y la política, Antología*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrer A., J. (1963). *Filosofía de las relaciones jurídicas*. Pamplona: Eunsu.
- Finnis, John. (1995). “Derecho natural y Razonamiento jurídico”. En: *Anuario Filosófico de la universidad de Navarra* número 33, 1995, España.
- Finnis, J. (1984). *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Forment, E (1992). *Lecciones de metafísica*, Madrid: Rialp, 1992.
- Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1980.
- Franco, J. (2008). *Deontologismo y consecuencialismo: visiones y actuaciones de los economistas y los juristas. Estudio del caso colombiano desde el análisis económico del derecho*. Bogotá: U. Externado.
- Gadamer, H. (1993). *Verdad y método I, fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: sígueme, 1993.
- Galán y Gutiérrez, E. (1945). *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid: Ed. Revista de derecho privado.
- García M. E. (1955). *Lógica del juicio jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- García Morente, M. (1982). *La filosofía de Kant*. Madrid: Espasa-calpe, 1982.
- García, J. A. (1988). *Las Teorías de la Tópica Jurídica de Juan Antonio García Amado*, Madrid: Civitas, 1988.

- García-Valiño, J. (2010). *La voluntad humana en Tomás de Aquino: un estudio desde sus fuentes griegas, patristicas y escolásticas*. Málaga: Spicum, Universidad de Málaga.
- Garrido Gómez, M. I. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. En: *Revista Ius et praxis*, año 15, número 1.
- Garrigou Lagrange, R. (1977). *Dios, su naturaleza*. Madrid: Palabra.
- . (1949). *El realismo del principio de finalidad*. Versión castellana de Joaquín Ferrandis, Buenos Aires: Desclée de Brouwer, Buenos Aires.
- Gascón, M. y García, A. *La argumentación en el derecho*, Lima: Palestra, 2003.
- Gevaert, J. (1987). *El problema del hombre*. Salamanca: Sígueme.
- Gilson, E. (1952). *El espíritu de la filosofía medieval*. Buenos Aire: Emecé.
- . (1974). *El realismo metódico*. Madrid: Rialp.
- . (1949). *Santo Tomás de Aquino*, Crisol-Madrid: Aguilar.
- Gómez R, A. (1957). *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*. México: Dianoia, 1957.
- González, L., et alt. (1988). *Antropología: perspectiva latinoamericana*, Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, 2da edición, Buenos Aires: Eudeba, 1977.
- Guarín, É. (2013). “Persona y realización efectiva de los derechos”, En: *Revista IUSTA* número 38, Bogotá: Universidad Santo Tomás, enero-junio.
- Habermas, J. (2001). *Israel o Atenas*, Madrid: Trota, 2001.
- . (2006). *Más allá del Estado Nacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hart, H. (1998). *El concepto de Derecho*. trad. Genaro Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot,
- Hernández, A. (1980). *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1980.
- Hervada, J. y Muñoz, J. (1984). *Guía de los estudios universitarios: Derecho*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Hervada, J. (2009). *Qué es el derecho?* Bogotá: Temis, 2009.
- . (1988). “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”. En: *Revista Dikaion*, vol 2, 1988, Bogotá: Universidad de la Sabana,
- . (2000). *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: TEMIS- Universidad de la Sabana, 2000.
- . *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Eunsa, 2000.
- Horta, E. (1988). “La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana... Consecuencias de su desconocimiento o negación”. En: *Revista Dikaioin*, Bogotá: Universidad de la Sabana, vol. 2. 1988.
- . (2009). “Más derecho y menos justicia. Reflexiones en torno a una aproximación hacia lo jurídico como relación real desde la experiencia de lo percibido”. En: *Iusta*. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2009, Vol. 31.

- Hoyos, I. “Las causas en el derecho. Estudio desde una consideración realista”. En: *Dikaion*, Bogotá: Universidad de la Sabana, vol. 2.
- . (2000). *Prólogo a la introducción crítica al derecho natural del Javier Hervada*, Bogotá: Temis.
- Hume, D. (1984). *Tratado de la naturaleza humana II*. Madrid: Orbis, 1984.
- . (1984). *Tratado de la naturaleza humana III*, sección I, Madrid: Orbis, 1984.
- Ibáñez, A. (1992). “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Revista doxa*, número 12,
- Iglesias V, M. (1999). *El problema de la discreción judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Inciarte, F. (1990). “Sobre la libertad del intelecto, de la razón y de la voluntad”. En R. Alvira (coord.), *Razón y libertad. Homenaje a Antonio Millán Puelles*, Madrid: Rialp.
- Kant, E. (2005). *Crítica razón pura*. España: Taurus.
- Kant, I. (2007) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. Manuel García Morente, Madrid: edición de Pedro M. Rosario, San Juan-Puerto Rico, 2007.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Trad. Luis Villar Borda, Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2001). *Qué es la justicia*. Barcelona: Ariel.
- Kingsley, D. *La sociedad humana*, trad. Mazía Floreal, 3ra ed. Buenos Aires: Eudeba. 1969.
- Kramer, M. (2007). *Objectivity and the rule of law*. Cambridge University Press. New York. 2007.
- Kymlicka, W. (2007). “Multiculturalismo”. En: *Diálogo político. Publicación trimestral de la Donrad Adenauer Stiftung A.C.* año XXIV, número 2, junio.
- Legaz Lacambra, L. (1943). *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: 1943.
- Leiter, B. (2007). *Objectivity in law and morals*. Cambridge University Press. New York.
- Lobato, A. (1994). *El hombre en cuerpo y alma*, volumen I, tratado III, Valencia, España: EDICEP.
- Locke, J. Segundo tratado sobre el gobierno civil. Madrid: Alianza, 2000.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. 2da edición. Bogotá: Legis - U. de los Andes.
- . (2004). *Teoría Impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica de latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.
- Llano, A. *El valor de la verdad como perfección del hombre*. Universidad de Navarra, Departamento de filosofía, Pamplona, Texto web: <http://www.usergioarboleda.edu.co/lumen/biblioteca/Alejandro%20Llano/El%20valor%20de%20la%20verdad%20como%20perfecci%C3%B3n%20del%20hombre.pdf>. Consultado el 20/06/2014
- . (2003). *Gnoseología*. Pamplona: Eunsa. 2003.
- Machado, A. & Guarín, É. “Tras la restauración del puente que une a la teoría de la ciencia con la teoría del general del conocimiento: una propuesta de epistemología jurídica

- que vincula a la justicia y al derecho”. En: *Revista Via inveniendi et Iudicandi*, No. 14, Universidad Santo Tomás, Vol 7, 2012.
- Mans, J. (1978). *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch.
- Manzanedo, M. (2004). *Las pasiones y las emociones según Santo Tomás*, Salamanca: Ed. San Esteban, 2004.
- Maritain, J. (1937). *Para una filosofía de la persona humana*. C. II, Cursos de cultura católica, Buenos Aires, 1937.
- Marquínez, G. *Historia de la palabra realidad desde sus orígenes latinos hasta Zubiri*, Bogotá: El Búho, 2006.
- Martínez Doral, J. M. *¿Hay una verdad incondicional acerca del hombre? Conferencia dictada en la Universidad de Navarra, el 5 de octubre de 1975, dentro del ciclo: “la responsabilidad de la iniciativa privada ante la crisis de nuestro tiempo”*.
- Martínez Doral, J. M. *La estructura del conocimiento jurídico*. Pamplona: Euns, 1963.
- Martínez Porcell, J. (2004). “Personalismos actuales y persona en Tomás de Aquino”. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1994, en la fundación Balmesiana con ocasión de la festividad de Santo Tomás de Aquino. En: e-aquinas 2.
- MARTÍNEZ-SICLUNA, C. (2013). “Las falsificaciones ideológicas del bien común”. En: *El Bien Común, cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*. Editor Miguel Ayuso, Madrid: Fundación Elías de Tejada.
- Massini, C. (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Tomos I, II y III.
- . (2006). *La Prudencia Jurídica, Introducción a La Gnoseología del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Melendo, T. (1994). “Metafísica de la dignidad humana”. En: *revista anuario filosófico*, Pamplona, vol. 27, Número 1, 1994.
- Meroi, A. (2007). “Iura novit curia y decisión imparcial”. En: *revista Ius et praxis*, vol 13, núm. 2.
- Millán P., A. (1995). *El valor de la libertad*. Madrid: Madrid.
- . (1967). *La estructura de la subjetividad*. Madrid: Rialp.
- . “Las dimensiones morales del interés por la verdad”. En: *Anuario filosófico* XLII/3.
- . (1984). *Léxico filosófico. Voz “causa”*, Madrid: Rialp.
- . (1976). *Persona humana y justicia social*. 3ra ed. Madrid: Rialp.
- Montero, J. (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, Lima: Enmarce E.I.R.L.
- Mora Restrepo, G. (2005). *Ciencia jurídica y arte del Derecho*. U. Sabana-Gustavo Ibáñez.
- . (2006). “Razón práctica y teoría del Derecho. A propósito del oficio del jurista”. En: *Revista Teoría del derecho* Dialnet número 15, septiembre, Colombia
- Mora, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Moya, P. (2007). “Las pasiones en Tomás De Aquino: entre lo natural y lo humano”. En: *Revista tópicos* 33, Chile: Universidad de los Andes.

- Muñoz, B. (2002). *Theodor W. Adorno: teoría crítica y cultura de masas*, Madrid: Fundamentos.
- Nieto, A. (1998). *El Derecho y al revés*, Barcelona, Ariel.
- Nieto, R. (2012). *Arbitrariedad judicial*. En *El colombiano*, Medellín, 11 de marzo.
- Núñez, A. J. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá: Legis.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Trad. Ramón Vilá y Albino Santos. Barcelona: Paidós,
- Ordóñez, A. “Personalismo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común”. En: *El bien común, cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*.
- Ortega y Gasset, J. (1983). “Reflexiones de centenario en: Kant, Hegel, Scheller”. En: *Revista de occidente*, Madrid: Alianza editorial, abril-mayo.
- Ossandón, J. C. (1983). “Conferencia intitulada “Bien común y libertad personal”, En: *VIII Semana Tomista Argentina*, Buenos Aires: memorias.
- Peñacoba, A. (2013). *La educación de la libertad y la plenitud personal en Millán-Puelles*. Alcalá: Fundación Universitaria Española.
- Perelman, Ch. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Monografías Civitas, traducción de Luis Díez-Picazo, 1979.
- . (1996). *Lógica jurídica*. Sao Paulo: Martins Fontes, traducción de Veginia Pupi.
- Pieper, J. (1970). “La verdad de las cosas, concepto olvidado”, publicado en la revista *Universitas*, Stuttgart, vol. VII, n°. 4, 1970.
- . (1998). *Las virtudes fundamentales*. Madrid: Rialp.
- Pitkin, F. (1984). *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984.
- Polo, L. *Curso de teoría del conocimiento III*, Pamplona: Eunsa.
- . (1992). *Intervención en las II jornadas del Aula de Ciencias y Letras*, celebrada en Madrid el 30 de octubre.
- . (1995). *Introducción a la filosofía*. Pamplona: Eunsa.
- . (1998). “La voluntad y sus actos (I)”. En: *Cuadernos de Anuario filosófico*. Pamplona: U. Navarra, N° 50.
- Poupard, P. (1992). *Felicidad y fe Cristiana. Estudio del Consejo Pontificio para el diálogo con los no creyentes*, Barcelona: Herder.
- Prelot, M. (1966). *La science politique*. París: Ed Presses Universitaires de France. 1966.
- Quesada, F. *Introducción a la Ciencia Política*. Lima: Editorial jurídica Grijley. 2006.
- Radbruch, G. (1963). *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- . (1999). *Relativismo y derecho*, Bogotá: Temis.
- Ramírez, P. (2005). “Significado de la jurisprudencia”. En: *revista del posgrado en derecho de la UNAM*, vol 1, número 1, 2005.

- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de cultura económica, 1997.
- . (2001). *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*. Barcelona: Paidós.
- Reale, M. (1968). *O Direito como experiencia*. Sao Paulo: Saraiva.
- Regó, F. (1983). “Libertad, inteligencia y trascendencia en Santo Tomás”. En: *semana VIII Tomista Argentina*, Buenos Aires: memorias, septiembre.
- Regó, F. (2008). “Relativismo gnoseológico: causas y consecuencias en la cultura actual”. En: *XXXIII Semana Tomista internacional*, Buenos Aires: memorias.
- Rhonheimer, M. (2006). *Ley natural y razón práctica, una visión tomista de la autonomía moral*. 2da edición, Pamplona, Eunsas.
- Rodríguez Luño, Á. (1993). *Ética general*. Pamplona: Eunsas
- Rodríguez, E. (1991) *¿Qué es la política?* Bogotá: Codice
- Rodríguez, F. (2009). “Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial”. En *Revista Teoría del derecho Dialnet* 6, 28 de mayo, Colombia.
- Ross, A. (1976). *Tú-tú*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rousseau, J. *El contrato social, versión virtual*, elaleph.com, 1999.
- Russell, B. (1983). *El conocimiento humano*, Madrid: Orbis.
- Sandel, M. (2011). *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Bogotá: Debate. 2011.
- Sanguinetti, J. (2008). “Relativismo y contextualidad”. En: *XXXIII Semana tomista internacional*, Buenos Aires: memorias, 2008.
- Saumels, R. (1989). *Epistemología*. tomo VIII. Madrid: GER, Rialp.
- Sellés, J. F. *Conocer y amar. Estudio de los objetos de las operaciones del entendimiento y de la voluntad según Tomás de Aquino*, Pamplona: Eunsas, 2 ed. 2000.
- . “Introducción a la cuestión disputada 22 De Veritate. Doce tesis tomistas acerca de la voluntad”. En: *Tomás de Aquino, De Veritate. El apetito del bien*. Pamplona: U. Navarra, colección de Anuario filosófico, n. 131, 2001.
- Sellés, J. F. (1999). “La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino (I)”, *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, número 90, 1999.
- Sellés, J. (2000). “Razón teórica y razón práctica según Tomás de Aquino”. En: *Cuadernos de anuario filosófico*. Pamplona: Eunsas.
- Sobrevilla, D. “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert, A”. En: *“Isonomía” número 4*, 1996, México.
- Stammler, R. (1974). *El Juez*. Trad. de Emilio Camus México: Ed. Nacional de México.
- Strauss, L. (2007). *El renacimiento del racionalismo político clásico*, ed. T. Plange, trad. A. Aguado, Buenos Aires: Amorrortu, 2007.
- Tejada, F. “El bien común en los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII” En: *El bien común*. Santiago de Chile: Ed. Nueva Universidad, 1875.

- de Aquino, T. (2003). *Opúsculos y cuestiones selectas*. Madrid: BAC Maior, Coordinación Antonio Ossuna Fernández-Largo, 2003.
- Triana, J. (1984). *Etimologías griegas y latinas del español*. España: Universidad Autónoma de Nuevo León, 1984.
- Valenzuela, A. (2002). *Sociología y Derecho*. Bogotá: Fundación universitaria San Martín.
- Velásquez, L. G. *Bienes*. Bogotá: Comlibros. 2008.
- Verneaux, R. *Historia de la filosofía moderna*. Barcelona: Herder, 1984.
- Villey, M. *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona: Eunsa, 1979.
- Viola, F. “The judicial truth”. En *Anuario Filosófico de la Universidad de Navarra* número 32, 1995, España.
- Voegelin, E. (1968). *Nueva ciencia de la política*. ed. José Emilio Sánchez Pintado. Madrid: Rialp, Von Glaserfeld, E. “La construcción del conocimiento”, En: *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad*, Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Wojtyla, K (2003). *Persona e atto, en Metafisica della persona. Tutte le opere filosofiche e sagge interattivi, Bompiani*, Ciudad del Vaticano: Ed. Vaticana.
- Yepes, R. (1996). *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*. Pamplona: Eunsa, Instituto de ciencias para la familia.
- Zubiri, X. (1982). *Siete ensayos de antropología filosófica*. Edición preparada por Germán Marquínez A. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Zubiri, X.r. (1999). *El hombre y la verdad*. Madrid: Alianza.
- Zuleta, H. (2005). “La fundamentación de las sentencias judiciales, una crítica a la teoría deductivista”. En: *Revista Isonomía*, número 23, octubre.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Beuchot, M. (2006). *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*, Bogotá: Universidad Santo Tomás,
- . (1997). *Ética y Derecho en Tomás de Aquino*, México: UNAM.
- . (1999). *Derechos humanos, Historia y Filosofía*, México: Fontamara.
- Baptist Metz, J. (1972). *Antropocentrismo cristiano*, Salamanca: Sígueme.
- Cardona, C. (1996). *La Metafísica del Bien Común*, Madrid: Rialp.
- Cathrein, V. (1958). *Filosofía del Derecho: Natural y Positivo*, Madrid: REUS.
- de Aquino, T. & de Alvernia, P. (2001). *Comentario a la Política de Aristóteles*. Traducción y prólogo de Ana Mallea, notas de Mallea y Celia A. Lértora. Pamplona: EUNSA.
- de Aquino, T. *Comentario al libro VI de la Metafísica de Aristóteles*, Pamplona: EUNSA. Lecciones I, II, III y IV.
- Galán & Gutiérrez, E. (1950). *Concepto y Misión de la Filosofía Jurídica*, Madrid: RDP.
- . (1945). *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Revista de derecho privado, Madrid.
- Gilson, E. (2000). *El Tomismo*, Navarra (Pamplona): EUNSA.
- . (1949). *Santo Tomás de Aquino*, Madrid: Aguilar.
- . (1960). *La unidad de la experiencia filosófica*, Madrid: Rialp.
- Graneris, G. (1973). *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- . (1979). *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hervada, J. (1993). *Escritos de derecho natural*, Pamplona: EUNSA.
- . *Cuatro lecciones de derecho natural*, Pamplona: EUNSA.
- Kenny, A. (2000). *Curso de Filosofía Tomista*, Barcelona: Herder.
- Massini, C. I. (2006). *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona: EUNSA.
- Messner, J. (1964). *Sociología moderna y derecho natural*, Barcelona: Herder,
- Nieto Arteta, L E. (1976). *La interpretación de las normas jurídicas*, Bogotá: Tiempo presente.
- Nino, C. S. (1995). *Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia Jurídica"*, México: Fontamara.
- Radbruch, G. (1974). *Filosofía del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho*, Madrid: Tecnos.

- Recaséns Siches, L. (1996). *Introducción al Estudio del Derecho*, México: Porrúa.
- . (1974). *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (la Filosofía del Derecho del siglo XX)*, México: Nacional.
- Rodríguez, C.. (1999). *La decisión judicial, El debate Hart – Dworkin*, Bogotá: Siglo del Hombre-U. Andes.
- Sedano, J.J. (1995). *O.P. Analéctica Tomista*, Bucaramanga: U. Santo Tomás.
- Viehweg, T. (1997). *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona: Gedisa.
- Vigo, R. (2003). *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J. Finnis*, México: Fontamara.
- Zabalza Iriarte, J. (1993). *El derecho objetivo del 25%*, Bogotá: USTA, 1993.
- (1993). *El derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica*, USTA.
- Zagrebelski, G. (2003). *El derecho dúctil*, Trotta.

Esta obra se terminó de imprimir
en junio de 2016
con un tiraje de 500 ejemplares
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia

NOTAS