

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Bibliotecas Bucaramanga

Universidad Santo Tomás

La pretensión de corrección más allá del deber judicial de coherencia sistémica

Yurley Patricia Benítez Rodríguez, Jose Daniel Fonseca Sandoval

Tesis de grado para obtener el título de abogados

Director

Henry Alberto Riveros Rodríguez

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de ciencias jurídicas y políticas

Facultad de Derecho

2017

Tabla de contenido	Pág.
0. Anteproyecto.....	5
1. Planteamiento del problema.....	5
1.1.Descripción del problema	5
1.2.Formulación pregunta de investigación.....	9
1.3.Objetivos.....	9
1.3.1. Objetivo general.....	9
1.3.2. Objetivos específicos	9
1.4.Justificación	10
2. Marco teórico	12
2.1 Antecedentes.....	12
2.2. Estado del arte.....	17
2.3. Marco conceptual o referencial.....	22
3. Hipótesis.....	24
4. Metodología.....	25
5. Resultados esperados.....	27
1. Capítulo I. Teoría tradicional y contemporánea de las fuentes del derecho: el problema de la unidad del derecho.....	28
1.1. Corrientes filosófico- jurídicas sobre las fuentes del derecho.....	29
1.1.1. La disputa clásica: iusnaturalismo & iuspositivismo.....	29
1.1.2. Criticas de la escuela histórica y del derecho libre.....	34

1.1.3. El realismo jurídico: el problema de la eficacia del derecho.....	37
1.1.3.1. Realismo jurídico norteamericano.....	38
1.1.3.2. Realismo jurídico escandinavo.....	40
1.1.4. Trialismo jurídico: validez, legitimidad, eficacia.....	43
1.2. Constitución y jurisprudencia como ruptura al concepto tradicional de fuentes en Colombia.....	48
1.2.1. Constitución.....	48
1.2.2. Jurisprudencia.....	51
1.2.3. Comentario: la ruptura de la teoría de las fuentes en Colombia.....	56
1.3. Integridad, unidad e imágenes del derecho.....	58
1.4. Justificación de las decisiones judiciales y creación racional del propio derecho.....	62
2. Capítulo II. Imagen justificativa del derecho, la naturaleza dual del derecho y la pretensión de corrección.....	69
3. Capítulo III. Coherencia sistémica: autoridades jurisdiccionales y la obligación de corrección.....	77
3.1. Justicia constitucional.....	77
3.2. Discrecionalidad judicial ¿sí o no?.....	80
3.3. Problema de la legitimidad: el poder judicial contra-mayoritario.....	83
3.4. Pretensión de corrección recae en los jueces: dimensión racional y razonable de la argumentación.....	86
4. Capítulo IV. desconcentración del discurso jurídico y la razón práctica: argumentos para la extensión del deber de corrección.....	90

4.1.Las reglas del discurso jurídico: razón práctica y decisiones judiciales.....	90
4.2.Extensión del deber de corrección: ¿limitada o completa?.....	94
4.3.Caracterización general de las funciones del Procurador y de la Procuraduría General de la Nación.....	96
4.4.Argumentos para la extensión (limitada y jerárquica) del deber de corrección.....	100
5. Conclusiones.....	104
6. Referencias.....	109

La pretensión de corrección más allá del deber judicial de coherencia sistémica

1. Planteamiento del problema

1.1 Descripción del problema

Una fracción hegemónica de la teoría contemporánea del derecho ha realizado una reflexión académica a partir de un rezago dogmático en el que el positivismo y el realismo jurídico(s) compartían una discusión sobre cuál era la mejor doctrina aplicable a los sistemas de derecho modernos. En ese disentiimiento se controvirtieron varios elementos de índole epistemológica, analítica y normativa, pero podemos destacar dos que son esenciales para nuestra propuesta investigativa: a) la posible relación entre derecho y moral y b) el papel de los jueces en la creación, aplicación o interpretación del derecho, según sea el caso. El fruto de estos debates entre los teóricos puros o neutrales del fenómeno jurídico y los realistas jurídicos fueron las carencias de ambas doctrinas y la imposibilidad de replantear aspectos esenciales de sus postulados.

Tomando en cuenta los elementos mencionados como indispensables en la discusión y reflexión que nos ocupa, se pueden formular algunas de las preocupaciones conceptuales y normativas que competen actualmente a la teoría del derecho, en relación a la naturaleza del derecho y de la filosofía jurídica, y su relación con otras ciencias como la ciencia política, la sociología y la antropología. Adicional a ello, se puede analizar cuáles han sido las modificaciones conceptuales y normativas o prácticas en la naturaleza de lo jurídico y qué consecuencias generan en la forma en que comprendemos el derecho.

En primer lugar, la relación entre derecho y moral ocupa una de las mayores transformaciones en el escenario teórico contemporáneo, debido a la complejidad que subyace la

fundamentación de un vínculo necesario entre ambos sistemas normativos. Una vertiente de la teoría del derecho actual ha considerado (de manera general y con variantes o aspectos específicos a cuestionar y reconsiderar según cada autor) que esta conexión es necesaria por el inexpugnable valor que tienen los juicios morales en y sobre el derecho; este concepto tiene mucho que ver, a su vez, con las diferenciaciones trazadas entre principios, reglas y convenciones sociales y la formulación de una moral política y pública (decantada en una Constitución o institución afín), deslindada de las razones privadas de los conciudadanos (religión, preferencias políticas o personales).

Por otra parte, la pugna sobre el papel de los jueces en el orden jurídico no está del todo desvinculada de la relación necesaria entre derecho y moral. El debate entre pragmatistas y conservadores se planteó desde dos aristas contrapuestas: aquellos afirmaban que los jueces creaban el derecho a la hora de aplicarlo y que por tanto estaban influidos por sus costumbres y reacciones personales; mientras que estos apelaban a la neutralidad axiológica y al principio de legalidad como bases del orden jurídico, alegando que no existe tal vínculo entre derecho y moral, y que los sujetos de imputación jurídica solo están sometidos a la ley y a la preexistencia de la misma al momento de desplegar una conducta prescrita por una norma. Es el vínculo ineludible entre las normas jurídicas y los juicios morales el que ha venido zanjando la discusión hacia una postura teórica divergente, que implica la aceptación de la premisa formulada en el párrafo anterior.

Una vez que se acepte dicha conexión, que fundamentaremos con mayor tino y detalle en el desarrollo de la presente indagación, podemos decir que los jueces no están sometidos solo “al imperio de la ley” sino que velan por que los juicios morales, consagrados en principios constitucionales y derechos fundamentales, puedan materializarse o protegerse en sus decisiones,

actuaciones y fallos judiciales. A este deber de garantizar la justicia; ya no desde sus convicciones o posiciones sobre lo que es correcto, sino a través de la argumentación y la interpretación de los casos y los principios y derechos aplicables, lo denominamos pretensión de corrección, tomando prestado el término del profesor alemán, Robert Alexy. Este consiste, de manera muy breve y concisa, en la obligación o deber del operador judicial de que sus decisiones sean correctas (¿o que no sean incorrectas?), razonadas y sustentadas, de acuerdo a los presupuestos morales políticos de cada orden jurídico (argumentos de orden conceptual y normativo que ampliaremos en acápites posteriores).

Tal circunstancia analítica, aunado a la flexibilidad que los sistemas jurídicos han adquirido para otorgar mayores atribuciones y margen de maniobra a los jueces en sus fallos, ha generado una ruptura obvia en la teoría tradicional de las fuentes del derecho. Esto se hace evidente al desquebrajar el esquema jerárquico en el que la ley era la única fuente con carácter primigenio; mientras que las demás (jurisprudencia, costumbre, analogía) eran criterios auxiliares y solo eventualmente podrían convertirse en el origen de una norma (el caso de la costumbre a la que se le asigna validez a través del procedimiento de creación de las reglas). Si existe una relación entre derecho y moral, y a su vez, los jueces tienen la obligación de razonar y argumentar teniendo en cuenta la moral política constitucional, se explica que la jurisprudencia haya pasado a tener un papel esencial en los sistemas jurídicos contemporáneos, desplazando, por momentos, a la ley como fuente principal.

La incertidumbre que nos convoca tiene origen en una limitación que poseen tales razones teóricas para justificar la pretensión de corrección dirigida a la función pública en general. En el orden jurídico colombiano, tomado como referente normativo y empírico de la búsqueda, existe una relación considerable entre la tesis de la conexión entre derecho y moral y el papel protagónico

de las decisiones judiciales en la aplicación, corrección y creación del derecho. Esto se ve reflejado en el desarrollo del precedente jurisprudencial de carácter vinculante y en el papel que cumple el Tribunal Constitucional Nacional como cierre de la integridad del sistema.

No obstante, hay un aspecto que requiere mayor profundidad. Si bien la pretensión de corrección está dirigida inicialmente a las autoridades judiciales, nada impide pensar que esta pueda hacerse extensiva a otros funcionarios públicos que representan a la ficción estatal. Esta es la hipótesis que desarrollaremos en el final de la reflexión teórica: ¿es posible formular una ampliación de la obligación de corrección del sistema, que alcance a algunos o todas las instituciones públicas? La propuesta aquí esbozada, de nuevo, de manera muy rústica y concisa, materializa una preocupación del derecho público y más específicamente del derecho administrativo: existen otras entidades públicas distintas al poder judicial; como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la Nación o la Registraduría Nacional del Estado Civil, que tienen facultades o labores que al ser ejecutadas de forma incorrecta generarían vulneraciones de los derechos fundamentales y, sobretodo, una contradicción con los juicios morales políticos y públicos (principios y valores) consagrados en la Constitución Política y en la jurisprudencia del tribunal de cierre. Dice (Alexy, 2008, pág. 69) en su libro *El concepto y la naturaleza del derecho* que “una decisión moralmente errónea es, por ende, una decisión jurídicamente errónea”.

El hecho de que estos funcionarios estén equivocando y desconociendo la relación entre derecho y moral, y por ende se excluyan o sean desconectados de la pretensión de corrección, no solo es abiertamente injusto para los destinatarios de los actos administrativos que estos expiden, sino que agrieta la coherencia del sistema jurídico. En ese sentido, preocupa que se esté pasando por alto la incorrección de las decisiones públicas de instituciones o funcionarios distintos a las

autoridades judiciales que, a pesar de que sus efectos sean *inter partes* o *erga omnes*, afectan la integridad del derecho.

1.2 Formulación de pregunta de investigación

¿En qué términos filosófico-jurídicos es posible la extensión del deber de corrección a la función pública en general, más allá de la obligación judicial para la cual se fundamentó inicialmente?

1.3 Objetivos

1.3.1. Objetivo General: Justificar la extensión del deber o pretensión de corrección a la función pública en general, más allá de la obligación que recae en los operadores judiciales.

1.3.2. Objetivos Específicos:

- Identificar el contexto actual de la teoría de las fuentes del derecho, la ruptura con las construcciones tradicionales sobre su jerarquización y los conceptos de unidad del derecho y creación racional del propio derecho.
- Describir la pretensión de corrección en el sistema jurídico a partir de la aceptación de una relación necesaria entre derecho y moral.
- Reconocer el sentido limitado del deber de corrección, entendiendo que este se dirige, principalmente, a las autoridades judiciales.
- Determinar que la extensión del deber de corrección, aplicado a decisiones públicas distintas a los fallos judiciales, contribuye al cierre coherente del sistema jurídico.

1.4. Justificación

La investigación que describimos nos aproxima a un panorama teórico que tiene un estancamiento evidente: radica, justamente, en dos razones esenciales; siendo la primera la desactualización de la teoría tradicional de las fuentes del derecho y la segunda, que se produce una vez superada la anterior o que al menos haya sido atenuada, está relacionada con la concentración (excluyente) de los esfuerzos teóricos por atribuirle cada vez más obligaciones jurídico-morales al juez.

La bibliografía consultada deja constancia de ambas aseveraciones: por una parte, observamos la escasa vigencia que tienen los postulados tradicionales sobre la jerarquía de las fuentes jurídicas, que ha conducido a que los académicos actuales demeriten las ideas que ratifican la superioridad de la ley como fuente primigenia y el sometimiento del deber de corrección al derecho positivo (escrito, codificado y válido). Autores como Alf Ross y Josep Aguiló Regla han diagnosticado que la teoría de las fuentes necesita discutir temas de mayor coyuntura, en lugar de limitarse a describir el derecho sin importar su justificación (paradigma teórico imperante ahora). Por esa razón, las nuevas ideas sobre el tema van más allá de la pirámide Kelseniana de las normas y de la clasificación de las reglas de Herbert Hart, atreviéndose a debatir sobre el papel de la jurisprudencia como escenario para el cierre sistémico del orden jurídico.

Curiosamente, la segunda razón de la que hablamos hace un momento tiene que ver con la primera; a pesar de que estos autores han solucionado este temor, y se han enfrascado en debates teórico-jurídicos con filósofos y académicos como Robert Alexy, Ronald Dworkin o Albert Calsamiglia, las consecuencias han producido un problema adicional. Asumiendo, en la línea de Alexy, que efectivamente existe una relación necesaria entre derecho y moral, y por ende un deber

de corrección que recae en las actuaciones y fallos de los jueces, y la fuerza vinculante de la jurisprudencia se fundamenta en estos argumentos conceptuales; podemos observar que la conclusión puede llegar a pecar de reduccionista. Esto quiere decir que la pretensión de corrección como deber jurídico hacia la integridad del sistema, en términos de Dworkin, se quedaría corta al ceñirse y limitarse a la labor judicial.

En el escenario esbozado, se puede observar una de las justificaciones de la presente indagación, en relación a estudiar la posibilidad de extender el deber de corrección hacia otras instituciones y funcionarios públicos distintos a los jueces. Así las cosas, la investigación contribuye a un debate teórico-jurídico en el cual pretende tomar una posición de apertura frente a la extensión o ampliación de la pretensión de corrección mencionada.

Adicional a ello, cabe referir una justificación adicional y complementaria. La indagación tiene dos propósitos generales de los que se derivan los mencionados con anterioridad: i) fundamentar de manera juiciosa la relación entre derecho y moral y la importancia que ello trae a la construcción de un sistema jurídico coherente y ii) abrir el pensamiento sobre su aplicación en el orden jurídico colombiano, tratando de cuestionar la limitación del deber de corrección que compromete a los jueces, dejando al margen de dicho control ideal o crítico (en términos de Alexy) a los demás funcionarios que eventualmente pueden tener en sus manos la protección o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De tal suerte que la labor investigativa intentará aportar tanto al escenario teórico como al práctico, yendo más allá del argumento conceptual de corrección (pretensión) con la sugerencia de su extensión práctica (deber u obligación) a la función pública en general.

2. Marco teórico

2.1. Antecedentes

En Colombia, desde la concepción del estado moderno, el campo jurídico se ha visto influenciado por la teoría hegemónica occidental. El positivismo jurídico, y algunos aires de realismo jurídico han permitido ciertas modificaciones en el concepto del derecho, como el cambio de paradigma del imperio de la ley por el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente legítima; junto con el protagonismo que tienen los jueces al momento de crear derecho o la discusión sobre la relación entre derecho y moral. Sin embargo, para llegar a la afirmación anterior, se debe repasar los antecedentes del derecho colombiano, inicialmente históricos, doctrinales y legales.

En este sentido, se puede dividir en tres momentos (García Villegas, 2003): la época de la colonia, la república del siglo XIX y lo que se conoce actualmente. Las cuales se caracterizan de la siguiente forma: a) La colonia, fue una época en donde se realizó aquel trasplante jurídico del régimen colonial español, la tradición medieval iusnaturalista y el derecho romano y canónico a los países que fueron conquistados, entre ellos Colombia. b) La república del siglo XIX se ve influenciada por el movimiento de la ilustración. Fue la conquista de los derechos del hombre y la racionalidad con pretensiones de universalidad. En esta época se establecieron los sistemas de derecho jerárquicamente ordenados, aquellos que son propios de una cultura legalista y codificadora. Lo anterior influyó en que la constitución fuera modificada, y junta a ella el funcionamiento orgánico del Estado. “Los ideólogos de las repúblicas veían en la codificación un remedio (...) y un instrumento para crear un nuevo ordenamiento fundado en la igualdad

ciudadana” (García Villegas, 2003, pág. 112). c) Todo lo que constituye el derecho actual, que se caracteriza en la presente investigación.

A partir de toda la influencia de occidente, Colombia adaptó un sistema de derecho formalista, en el cual prima la tradición romanística y prevalece la ley. El sistema de fuentes únicamente comprende como reglas básicas del derecho aquellas que son proveídas por un pronunciamiento legislativo explícito (López Medina, 2006) y en consecuencia, la academia jurídica colombiana desde un inicio enseña como fuentes válidas y legítimas la constitución, la ley formal, las normas de menor jerarquía y por último la jurisprudencia. Como se evidencia desde la ley 153 de 1887, en la que se habla sobre la aplicación y validez de las leyes, en su artículo cuarto: “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Ley 153, 1887, Art 4).

Con la constitución política de 1991, se estableció la forma como funcionaría el Estado: a través de las tres ramas del poder público, ejecutiva, legislativa y judicial, además de entidades autónomas de control como la procuraduría, la contraloría, la defensoría del pueblo, entre otras. Ahora bien, prestando atención a la rama judicial, se debe tener en cuenta que Colombia al tener un sistema de derecho iuspositivista desde sus orígenes, considera la ley como única fuente de calificación, y la respuesta a cualquier problema de fuentes resulta estar en el artículo 230 constitucional: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Const, 1991, Art 230)

Con la anterior disposición quedó clara cuáles serían las fuentes del derecho colombiano: la ley, y de modo auxiliar la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Además lo reitera el artículo 17 del código civil colombiano:

Fuerza de las sentencias judiciales. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria (Código Civil, 2010, Art 17).

Sin embargo, el positivismo de las anteriores expresiones del legislador donde prima la ley ha sido modificado. Esta transición se puede comprender desde las críticas que plantea el profesor Lopez Medina, las cuales desembocan en avances del propio ordenamiento jurídico, uno de ellos: actualmente se falla con base en principios constitucionales y la jurisprudencia paso de ser un criterio auxiliar a una fuente formal.

(...) todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. (Corte Constitucional, C- 539, 2011)

Se puede observar de forma más reciente con la creación del código administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 de 2011, que se reconoce el deber de aplicar la jurisprudencia y el deber de extensión qué hay frente a la misma, y cómo el mismo código dedica todo un título para efectos de la extensión y unificación de la jurisprudencia,

Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas (Código administrativo y de lo contencioso administrativo, 2011, art 10).

De igual modo en el año 2011, con la sentencia C- 634/11, se demanda la constitucionalidad de la norma citada anteriormente (artículo 10 de ley 1437 de 2011) argumentando que la jurisprudencia no deberían tener ese carácter vinculante. No obstante, el Tribunal Constitucional reitera la modificación en el sistema de fuentes y declara exequible la norma demandada ya que dos de los principios básicos de un estado constitucional son la igualdad y la seguridad jurídica; éstos se salvaguardan mediante la interpretación que hacen las altas cortes y el precedente que se crea (Corte Constitucional, C-634, 2011).

El texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo (Corte Constitucional, C- 836, 2001)

Con el cambio de sistemas de fuentes o más bien con la igualdad que se logró de las fuentes, se hace evidente la importancia que se les dio a los jueces, tanto a los jueces locales como a los de las altas cortes quienes tiene esa labor de cierre y deberes de corrección del sistema jurídico. Actualmente son el foco de atención y todo apunta hacia su accionar; ejemplo de esto son

los estudios o libros *El derecho de los Jueces* de Lopez Medina, ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Del profesor Rodolfo Arango, *Los derechos en serio* de Ronald Dworkin.

En el libro *Justicia con toga*, Ronald Dworkin desarrolla su idea del derecho como integridad (sistema jurídico que posee coherencia entre principios y reglas) hacia los operadores judiciales. Los jueces, como intérpretes amplios y aplicadores del derecho, son quienes establecen de forma más clara el principio de integridad que sustentó Dworkin en su obra *Los derechos en serio*. Robert Alexy, en el libro *El concepto y la naturaleza del derecho*, expresa que la relación necesaria entre derecho y moral genera un deber de corrección de los jueces hacia el derecho; ejercicio que no implica la invalidez de las normas, pero sí su interpretación adecuada o moral pública. El profesor colombiano, Rodolfo Arango, sostiene, en la misma línea, que los encargados de realizar una aplicación mayor de los derechos sociales son los jueces, por cuanto sus decisiones no se someten a las mayorías, sino a la razonabilidad y el límite de los principios constitucionales¹.

Lo que permite concluir que actualmente se está bajo el paradigma de la justicia constitucional, ya que se supone es la única que permite la salvaguarda de los derechos fundamentales y fines esenciales de un estado social y democrático.

La justicia constitucional funciona bajo el poder judicial; y éste consiste en pronunciar derecho de manera irrevocable en la resolución de conflicto de intereses, con autoridad legítima y de forma justa, cuyo ejercicio corresponde a órganos judiciales, bajo los principios de autonomía y dependencia. Confirmando una vez más el protagonismo de los jueces en el estado de derecho y

¹ Una decisión constitucional tiene razones objetivas a partir de un juicio evaluativo. Debido a esto los jueces deben adoptar la teoría consecuencialista, en donde se debe revisar las consecuencias que conllevan tomar o no una decisión. No se debe observar el desarrollo de derechos sociales fundamentales desde el desarrollo económico pues resultaría reduccionista y no compatible con la constitución.

en el panorama de la academia nacional. Olvidando que hay otros funcionarios que están haciendo derecho y de algún modo rompen con esa integridad del ordenamiento jurídico.

2.2.Estado del Arte

La presente revisión de literatura se realizará de acuerdo a varios criterios, que pueden clasificarse entre generales y particulares. Dentro de los primeros podemos evidenciar a) las preguntas focales que ayudarán a la identificación doctrinal de las investigaciones y reflexiones más relevantes sobre los temas a tratar a lo largo de la indagación, b) que estos se acomoden o pertenezcan al desarrollo de los objetivos específicos y c) que sean de carácter nacional o internacional. Dentro de los últimos utilizaremos a) la importancia o relevancia para la investigación y b) los temas adicionales, adyacentes o anexos que sirven para explicar los temas más relevantes.

Las preguntas focales a utilizar son: a) ¿Qué tanto se ha investigado? b) ¿Quiénes han investigado? c) ¿Qué vacíos existen d) ¿Qué aspectos faltan por abordar? Lo que se hará inicialmente será utilizar los criterios generales b) y c) para que en la parte final de este apartado se puedan responder las preguntas de forma sintética en un párrafo conclusivo. Para ello, abordaremos según los objetivos, cual es la literatura existente, juzgando concretamente su importancia para el propósito de la investigación.

A nivel general, el objetivo que nos trazamos radica en plantear y sustentar la extensión del deber corrección del derecho a otros funcionarios públicos diferentes a los jueces. Esto implica abordar tres objetivos específicos que nos lleven a reconocer i) la existencia de la pretensión de corrección, ii) la exclusividad de la obligación moral que recae en los jueces y iii) la falta de coherencia sistémica en la actuación de otros funcionarios públicos más allá del poder judicial.

El objetivo 1 estudiará las teorías o corrientes filosóficas que sustentan la concepción tradicional de las fuentes del derecho, al igual que la idea de unidad del derecho. A nivel internacional, son relevantes los estudios teóricos de Josep Aguiló Regla, Alf Ross, Tarcisio de Miranda, Mariano Morelli, Gregorio Peces-Barba, Jerome Frank, Hermann Kantorowicz; mientras que a nivel nacional podemos encontrar las fundamentaciones sobre el tema de Mauricio Plazas Vega, Marco Gerardo Monroy Cabra y César Rodríguez Garavito.

(Aguiló Regla, 2012) plantea la relevancia de la teoría de las fuentes del derecho para abordar problemas más importantes como la unidad o sentido del derecho. (Ross, 2007) sostiene, desde la escuela del realismo jurídico, la bidimensionalidad del derecho (ser y deber ser) y reivindica el papel de los jueces en la producción del derecho. (De Miranda, 1993) describe la teoría de las fuentes del derecho en Kelsen, haciendo énfasis en la visión unidimensional del derecho del positivismo del autor austriaco. (Morelli, 2005) hace un estudio del pensamiento de Karl Von Savigny y la influencia que tuvo en la escuela histórica del derecho; también sobre su concepto de fuente del derecho como el espíritu del pueblo. (Peces-Barba, 2006) postule la importancia de la visión normativa kelseniana de la constitución que entiende a la constitución como principal fuente del derecho. (Frank, 1968) representa al realismo jurídico nortamericano y a la idea de que hay que fortalecer el papel de la prueba como fuente de certeza para el trabajo del juez. (Kantorowicz, 1949) expone la visión crítica de la escuela del derecho libre que rechaza el dualismo entre iusnaturalismo y iuspositivismo.

(Plazas Vega, 2009) realiza un estudio profundo y detallado de las corrientes del derecho anteriores al trialismo jurídico, al igual que diagnostica una fundamentación del derecho amplia que integre las dimensiones de la validez, la eficacia y la legitimidad. (Monroy Cabra, 2005) hace un recuento doctrinal e histórico del concepto general de constitución, para decantarse por la visión

normativista que impera en Colombia. (Rodríguez Garavito, 1997) describe uno de los debates más importantes de la teoría jurídica en el mundo, entre el positivísimo analítico de Hart y el derecho como integridad de Dworkin.

La importancia de estas investigaciones radica en que brinda el panorama en el cual se desarrolla la ruptura del paradigma normativista de las fuentes del derecho, dando cabida a un nuevo escenario teórico e institucional trialista del derecho, que le da mayor peso y relevancia a la constitución y a la jurisprudencia como fuentes.

El objetivo 2 pretende fundamentar la pretensión de corrección que se deriva de la relación necesaria entre derecho y moral. A nivel internacional son relevantes los estudios de Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, A nivel nacional, son importantes las investigaciones de Paula Gaido y Carlos Bernal Pulido.

(Alexy, 2008) Sustenta que el derecho posee una naturaleza dual, que consiste en una dimensión real o fáctica y otra ideal o crítica; la segunda es vital para entender por qué es innegable la relación entre derecho y moral y aún menos el deber de corrección que desempeñan los jueces en sus decisiones. (Ferrajoli, 2008) y (Alexy, 2005) señalan que el discurso de los derechos humanos son la base de los derechos fundamentales positivizados, que a su vez sirven para construir una moral pública que sustente el deber de corrección. (Dworkin, 2007) aduce que el derecho como integridad exige una distinción entre principios y reglas, que el juez debe tener en cuenta para materializar un concepto público de justicia en sus fallos.

(Gaido, 2001) realiza un estudio previo de la tesis de Alexy sobre la pretensión de corrección en el derecho, lo que a su vez introduce un debate sobre el mismo tema entre Ernesto Bulygin y el autor alemán. (Bernal Pulido, 2005) es traductor de la obra de Alexy y principal discípulo suyo en

lo que concierne a otros temas que desarrollan y ponen en práctica los postulados de carácter teórico del alemán: como el estudio detallado de la ponderación como método de interpretación constitucional.

La relevancia de estos estudios consiste en que nos permite reconocer los postulados teóricos y doctrinales que argumentan una relación necesaria entre derecho y moral, que fundamentan una idea de coherencia sistémica que se produce en el escenario de la decisión judicial constitucional y legal.

El objetivo 3 revisará y sustentará que la coherencia sistémica y el deber de corrección recae en los jueces y que por tanto la integralidad o unidad del derecho es incompleta debido a que quedan desobligados otros funcionarios públicos. A nivel internacional se destacan los estudios de Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky. A nivel nacional son relevantes los trabajos de Jorge Enrique Roa, Luis Villar Borda, Mauricio Plazas Vega.

(Dworkin, 2012) sostiene que no existe discrecionalidad judicial alguna, pues los casos difíciles deberán resolverse según el concepto público de justicia contenido en los principios constitucionales. (Zagrebelsky, 2003) manifiesta que los jueces deben mantenerse libres para moldear o transformar o dinamizar el derecho dúctil.

(Roa, 2015) traza las delimitaciones y estudios teóricos sobre la justicia constitucional y sobre el modelo constitucional colombiano, al igual que el funcionamiento del constitucionalismo débil y fuerte. (Villar Borda, 2007) establece las diferencias entre Estado de derecho y Estado social de derecho, al igual que la incidencia que tuvo la Constitución de 1991 en la teoría del derecho actual. (Plazas Vega, 2009) diagnostica el denominado nuevo derecho, que se basa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como cierre sistémico.

La incidencia de estas lecturas es vital para la investigación, pues demuestra que el deber de corrección está limitado a los jueces. En ese sentido, basta recordar que el objetivo de la investigación radica en el propósito teórico de sustentar la extensión de la pretensión de corrección a otras autoridades públicas.

Una vez realizada la revisión general de la literatura podemos responder las preguntas focales planteadas inicialmente:

1. ¿Qué tanto se ha investigado? La teoría del derecho nacional e internacional ha abarcado ampliamente la investigación filosófica y conceptual sobre la relación entre derecho y moral, para afirmarla o negarla. La doctrina ha tratado de explicar, según el funcionamiento de cada sistema jurídico particular, qué tan necesaria o relevante es la corrección del derecho, con el fin de expandir las fronteras de lo jurídico más allá de la mera validez de las normas.
2. ¿Quiénes han investigado? Las indagaciones se han realizado en el plano nacional e internacional. Tal vez el concepto que sirve de eje a la presente investigación es el de pretensión de corrección, planteado por el profesor Robert Alexy. No obstante, las teorías de Dworkin, Ferrajoli y Aguiló Regla, sirven para complementar la teoría de Alexy, al igual que los planteamientos de Carlos Bernal Pulido y Jorge Ernesto Roa sirven para comprender la influencia de estas teorías en el sistema jurídico colombiano.
3. ¿Qué vacíos existen? Todos los autores antes mencionados proponen que el deber de corrección del derecho recae en los jueces, por cuanto son los que dan eficacia y aplicación a las normas legales y constitucionales. No obstante, insistir en esta perspectiva demuestra un vacío enorme: aquel que dejan los funcionarios públicos, distintos a los jueces, que en sus actuaciones legales o administrativas violentan la moral pública constitucional (en general) y

los derechos fundamentales (en particular).

4. ¿Qué aspectos faltan por abordar? Uno de los aspectos que faltan por abordar es la extensión del deber de corrección a otros funcionarios públicos y sus pronunciamientos que hagan en derecho, para que dicha obligación moral no recaiga únicamente en los jueces. Hay otras dimensiones de la función pública en las que, de no aplicarse la corrección, se estaría en presencia de potenciales vulneraciones de derechos fundamentales y principios constitucionales.

2.3. Marco conceptual o referencial

Los conceptos que resultan ser la base para el desarrollo de la presente investigación, son los siguientes: integridad, deber de corrección, función pública y sistema de fuentes.

Coherencia o Integridad: Es uno de los principios fundamentales y característicos que debe tener un ordenamiento jurídico propio de un estado social y constitucional de derecho. Con la integridad se pretende la coherencia sistémica entre principios y normas. El concepto exige una definición pública de la justicia, donde no se produzca una confrontación de subjetividades o morales privadas, sino una aplicación coherente de lo que es justo en relación a los principios constitucionales, de los que se deriva una moral pública constitucional.

Pretensión de corrección: Se deriva, no del concepto del derecho, sino de las propiedades necesarias para entender qué es el derecho. Debe entenderse como un concepto netamente abstracto y propio de la teoría del derecho que se deriva de una relación necesaria entre derecho y moral. Hace parte de la naturaleza ideal o crítica del derecho, la cual sostiene que se debe materializar una corrección del derecho en función de los derechos fundamentales y los principios

constitucionales. Al ser una pretensión puede darse o no darse, pero lo ideal es que se desarrolle plenamente, pues se otorga coherencia e integridad al orden jurídico.

Deber de corrección: Es la dimensión práctica de la pretensión de corrección. En su dimensión general recae principalmente en los jueces, pues su tarea implica la aplicación del derecho y la obligación de corregirlo en virtud de la moral pública constitucional. En su dimensión práctica, sirve como sustento para que un juez siga la interpretación de la jurisprudencia del tribunal constitucional de mayor jerarquía o que, en caso de el que caso lo amerite, se aparte de la doctrina probable o jurisprudencia vinculante (Corte Constitucional, C-621, 2015) y promueva la excepción de constitucionalidad (Corte Constitucional, Auto 015, 2003) para que los errores puedan ser subsanados, corregidos y analizados. En ese sentido los togados están en la obligación práctica de corregir el derecho.

Función pública: La función pública en Colombia fue reconocida desde el cambio de paradigma del Estado Social de Derecho en el año de 1991; encuentra su fundamento en los artículos 6 y 123 constitucionales, que señalan que los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, es decir, la función pública es la administración del recurso humano al servicio del Estado. Vidal Perdomo entiende la administración pública como “el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de prestar los servicios que el Estado moderno atiende”, es decir, que los funcionarios deben atender a las necesidades que exige una sociedad como la actual, plural y diversa, con el fin de satisfacer las necesidades, respetando los principios consagrados por la Constitución de 1991.

Sistema de fuentes: Corresponde a aquellas fuentes que dan origen al derecho y en consecuencia son la base para la construcción de normas jurídicas. En la actualidad se puede afirmar que, debido a la influencia occidental y estadounidense, Colombia tiene un sistema de fuentes mixto; por un lado, adaptó un sistema de derecho formalista, en el cual prima la tradición francesa y prevalece la ley; comprende como reglas básicas del derecho aquellas que son proveídas por un pronunciamiento legislativo explícito (López Medina, 2006). De otra parte, se ha evidenciado un cambio de paradigma donde se observa la influencia estadounidense donde el sistema de fuentes se amplía y le otorga un papel preponderante a la jurisprudencia, en la aplicación, corrección y creación del derecho.

3. Hipótesis

Con base en los sustentos teóricos estudiados y expuestos en el presente trabajo de investigación, el deber de corrección extendido a otros funcionarios públicos, más allá del operador judicial, resulta ser pertinente y acertado, para dar coherencia e integridad al sistema jurídico colombiano.

4. Metodología

Antes de entrar en los detalles metodológicos, se debe hacer especial énfasis en que la presente propuesta da lugar a una investigación de fundamentación conceptual, propia de la teoría jurídica y la filosofía del derecho. Se pretende realizar un estudio a partir de argumentos, ideas y teorías abstractas para entender, criticar y reflexionar sobre un fenómeno jurídico; y con ello realizar un aporte a la teoría del derecho y la academia filosófico-jurídica colombiana. Teniendo en cuenta lo anterior, se explica a continuación la metodología a desarrollar:

El presente trabajo de investigación cuenta con un enfoque cualitativo debido a que uno de sus objetivos es el análisis a partir de la descripción de las cualidades de un fenómeno y de paradigmas teóricos – en este caso, un fenómeno jurídico como lo es el deber de corrección para funcionarios públicos –; además porque resulta ser un concepto que pertenece a la realidad.

Debe tenerse en cuenta que al tratarse de una investigación jurídica, la presente cuenta con características propias de la metodología jurídica sistemática, ya que como lo explica Kelsen, el derecho no se trata únicamente de normas, sino que consiste en la integridad de un sistema compuesto por un conjunto de normas, como unidad. De modo que en el presente estudio no analizamos un fenómeno de forma aislada, sino observar el sistema jurídico de forma íntegra y abstracta.

Se indagará bajo el tipo de investigación documental debido a que se realiza a través de la consulta de documentos (libros, revistas, periódicos, memorias, anuarios, registros, códigos, constituciones, entre otras); a continuación se expondrá con base en que fuentes, herramientas y procedimientos se desarrolla la presente investigación:

Fuentes de información:

1. Fuentes primarias: Se utiliza este tipo de fuentes debido a que son las que contienen la información original de forma completa y de primera mano. En este caso, son los libros propios de los autores que desarrollan las teorías sobre el fenómeno jurídico a estudiar y jurisprudencia de la corte constitucional.
2. Fuentes secundarias: la presente investigación se valdrá de fuentes secundarias las cuales contienen información primaria, sintetizada y reorganizada, como lo son artículos científicos y académicos, bases de datos, revistas indexadas,

Herramientas

Las herramientas a utilizar son fichas de lectura. En este caso se trata de una ficha documental de información para las lecturas realizadas tanto de fuentes primarias como secundarias. En ella se debe determinar si tipo de lectura que se realiza es: a) temática-antecedentes; b) teórica conceptual; c) metodológica. Además se debe determinar el título del documento, la ubicación de ese documento, la fecha de consulta y su referencia en normas APA; A partir de ahí identificar el aporte del documento en relación con la investigación y realizar una reseña descriptiva, analítica y reflexiva del texto.

Procedimientos:

Finalmente para el cumplimiento de los resultados esperados y del cumplimiento de los objetivos planteados, se llevarán a cabo los siguientes pasos:

1. Elección y delimitación del tema de investigación.
2. Escritura del proyecto de tesis de grado.
3. Recolección y lectura de bibliografía.
4. Análisis de la información cohesionando las fuentes primarias y las fuentes secundarias y haciendo una crítica de fuentes para determinar las más idóneas a esta ejercicio.
5. Escritura y correcciones al trabajo.
6. Presentación y sustentación del informe final.

5. Resultados esperados

Los resultados esperados de la presente investigación se resumen básicamente con el cumplimiento de la totalidad de los objetivos planteados. Se espera inicialmente concluir que la

teoría de fuentes en el derecho ya no debe ser vista de forma tradicional, sino de forma amplia e integral; Además que los conceptos de unidad del derecho y la relación necesaria entre derecho y moral resultan ser las bases para poder hablar del deber de corrección en el ordenamiento jurídico.

Otro de los resultados esperados es poder evidenciar que este deber de corrección recae en las autoridades judiciales y que podría replicarse a otros funcionarios públicos para fortalecer la coherencia de la función pública y darle un cierre coherente al sistema jurídico. Con el cumplimiento de los objetivos planteados, se espera además llegar a comprobar una de las hipótesis planteadas e incluso llegar a abrir el diálogo en cuanto al objeto de investigación en la academia colombiana.

Capítulo I

Teoría tradicional y contemporánea de las fuentes del derecho: el problema de la unidad del derecho

Para iniciar toda fundamentación sobre las fuentes del derecho, nos parece pertinente la distinción que hace Aguiló Regla sobre las dos perspectivas hacia los fenómenos que dan origen al derecho: el profesor español afirma que, por una parte, la teoría de las fuentes se considera demasiado básica o elemental, mientras que por la otra se concibe como demasiado fundamental. La primera actitud da por sentado que el tema es simple y llano, tanto así que referencia la positivización de la lista de las fuentes que determina el sistema jurídico; la segunda diagnostica que al ser un tema originario tiene implicaciones tanto teóricas como filosóficas, y que además es esencial para la comprensión por el concepto o naturaleza del derecho.

La teoría de las fuentes del derecho es de vital importancia para la teoría del derecho. La razón es que es la génesis y el origen de lo jurídico es producto de un fenómeno, de una construcción humana (como sentenció el ius-positivismo). El término fuente es usado, en su acepción más simple, en la metáfora de la creación del agua; humedales y frailejones a partir de los cuales se genera el agua, gracias al proceso de evaporización, condensación y lluvia. Se le considera fuente a aquello que genera y produce un objeto; que para el caso del derecho será, como veremos según el desarrollo teórico, las normas jurídicas, los principios morales-políticos, la constitución, el derecho natural o los hechos históricos.

El debate por la definición de las fuentes es de los más antiguos del pensamiento jurídico. Describir correctamente los fenómenos humanos o supra-naturales que producen el derecho puede generar ambigüedades y argumentos débiles. No obstante, aunque actualmente conocemos un grupo de fuentes del derecho, muy bien ordenadas y descritas en la Constitución Política vigente, es importante hacer referencia a la construcción del concepto y la evolución de las distintas fuentes a partir de las corrientes. Ya luego, como se podrá evidenciar en otros apartes, evidenciaremos cual es el paradigma actual de las fuentes del derecho y la importancia de la irrupción de la jurisprudencia y la Constitución como fuentes formales y preponderantes.

1.1. Corrientes filosófico-jurídicas sobre las fuentes del derecho

Como anticipábamos, el tema de las fuentes del derecho ha sido históricamente esencial para la teoría jurídica. Las diversas corrientes de pensamiento jurídico estudiaron las fuentes desde sus ópticas y conceptos particulares, conformando la idea actual que poseemos sobre las génesis u origen de lo jurídico. La primera fase que referenciaremos será la de la disyuntiva entre positivismo y naturalismo clásicos, seguida de las críticas de las escuelas histórica y del derecho

libre, a continuación revisaremos la crítica desde la perspectiva caso-problema del realismo jurídico; para así llegar a la concepción sistemática del trialismo jurídico.

1.1.1. La disputa clásica: iusnaturalismo & iuspositivismo

Es la discusión doctrinal por excelencia. Tal vez son las primeras corrientes de pensamiento jurídico no sistematizadas, entendiendo que el iusnaturalismo es la más antigua y arcaica. Desde los relatos de la tragedia griega podemos observar un choque entre la formulación extraterrenal del derecho y la aplicación de las órdenes o normas impartidas por el poder organizado o arbitrario de los hombres. En *Antígona*, por ejemplo, se demuestra el choque entre el poder de un monarca que determina un decreto real en la cual *Antígona* no puede enterrar a su hermano, y la ley divina que proclama que debe existir una solidaridad con el familiar que ha perecido, sin importar las circunstancias. Aquí *Antígona* relata la encrucijada jurídica a su hermana *Ismene*, que se niega a acompañarla en el propósito de desobedecer el mandato del rey:

Creonte ha acordado otorgar los honores de la sepultura a uno de nuestros hermanos y en cambio se la rehúsa al otro. A *Etéocles*, según parece, lo ha mandado enterrar de modo que sea honrado entre los muertos bajo tierra; pero en lo tocante al cuerpo del infortunado *Polinice*, también se dice que ha hecho pública una orden para todos los tebanos en la que prohíbe darle sepultura y que se le llore: hay que dejarlo sin lágrimas e insepulto para que sea fácil presa de las aves, siempre en busca de alimento. He aquí lo que el excelente Creonte ha mandado pregonar por ti y por mí; sí, por mí misma; y que va a venir aquí para anunciarlo claramente a quien lo ignore; y que no considerará la cosa como baladía; pues cualquiera que infrinja su orden, morirá lapidado por el pueblo. Esto es lo que yo tenía que

comunicarte. Pronto vas a tener que demostrar si has nacido de sangre generosa o si no eres más que una cobarde que desmientes la nobleza de tus padres.

Yo, por mi parte, enterraré a Polinice. Será hermoso para mí morir cumpliendo ese deber. Así reposaré junto a él, amante hermana con el amado hermano; rebelde y santa por cumplir con todos mis deberes piadosos; que más cuenta me tiene dar gusto a los que están abajo, que a los que están aquí arriba, pues para siempre tengo que descansar bajo tierra. **Tú, si te parece, desprecia lo que para los dioses es lo más sagrado** (Sófocles, 2001, págs. 4-5)

Antígona pretende desobedecer la ley impuesta ya que la considera injusta y contraria al deber piadoso de enterrar a su hermano. La historia ilustra correctamente la disyuntiva histórica de la teoría del derecho clásica: entre lo que se considera justo y trascendental y lo que se considera legal y válido, escrito y creado por los hombres.

Las sociedades tradicionales tenían órdenes jurídicos difusos que por lo general incluían referencias a criaturas, dioses o entes extraterrenales. La fuente principal del derecho en el iusnaturalismo, a nivel general, era la palabra o deseo de los dioses traducida a los hombres a través de sus emisarios. En otras palabras, el origen del derecho no dependía del capricho de los hombres, sino que es una esencia metafísica la que determina lo jurídico.

Existen dos corrientes marcadas del iusnaturalismo clásico; la primera es la vertiente teológica y la segunda es la perspectiva racionalista. En aquella el derecho natural proviene de la ley de dios, que se refiere a un orden divino o razón ordenadora que somete al derecho positivo; en esta, principalmente formulada por las tesis filosóficas de Kant, lo natural es la libertad y la defensa de bienes básicos e individuales, que parte de un compromiso práctico con la razón.

La corriente que ha tenido mayor acogida, y que incluso sigue discutiéndose en la actualidad, nace de la distinción racionalista kantiana entre la regulación externa e interna del derecho: según esta tesis, defendida por el profesor Carlos Gaviria, las normas generales deben regular mayoritariamente la parte externa de la conducta humana, concerniente a la relación entre los sujetos de derecho, mientras que debe proteger la parte interna de toda intromisión arbitraria, pues el imperativo categórico (obra de tal manera que la ley que consideres universal lo sea para el otro) mantiene a raya las posibilidades de abuso de la individualidad frente a los otros. En otras palabras, la conciencia le pertenece al sujeto, mientras que lo externo a ella es el campo de regulación del derecho.

La diferencia principal entre iusnaturalismo y positivismo radica en un punto crucial: el positivismo niega la idea de que la fuente del derecho sea la ley divina, concepto que reemplaza con el de norma positiva (Plazas Vega, 2009). En el positivismo clásico la ley adquiere un papel muy importante, debido a que expresa la decisión de los hombres de determinar las reglas jurídicas que los rigen. La transformación y creación de los Estado-Nación clásicos, posteriores a la revolución francesa, dependieron en gran parte de este viraje conceptual. La ley pasaba a ser el centro y objeto principal del derecho, desplazando, sobretodo, a las miradas religiosas iusnaturalistas.

La exégesis francesa es tal vez el mejor ejemplo de la ley como fuente absoluta y principal de los sistemas jurídicos incipientes de la época. Tuvo como precursores a Voltaire y Montesquieu, y se propuso como reacción al sistema monárquico que gobernaba Francia (Ross, 2007). Los positivistas clásicos franceses desconfiaban de los jueces, exigían la estricta separación de los poderes públicos y pretendían que la interpretación de las normas se limitara a su aplicación exegética. El estado de derecho francés fundado en la libertad, la igualdad y la fraternidad, asumió

la exégesis como la teoría jurídica a aplicar: consistía en tomar la literalidad de la ley, su dimensión estrictamente gramatical, para la aplicación del derecho de forma segura, con el fin de controlar las arbitrariedades de los jueces. En caso de que no haya claridad en el texto de la ley, se debe hacer referencia a la voluntad del legislador o al espíritu de la ley; dos conceptos en la actualidad son vistos como una abstracción reduccionista.

Justamente, la crítica a esa visión reducida del positivismo fue retomada por otras corrientes europeas para realizar una reformulación del derecho positivo. Fue Hans Kelsen quién desarrollo un avance sistematizado de la exégesis francesa, que fue más allá del enfoque hacia la ley como fuente absoluta. En *Teoría pura del derecho*, Kelsen pretende darle certeza científica al fenómeno jurídico, otorgándole un objeto y un método de estudio: siendo la norma el objeto del derecho, y el método la epistemología concentrada en el criterio de validez, que revista de certeza el sistema jurídico.

Nunca se insistirá bastante en el hecho de que con Kelsen es cuando por primera vez la teoría del derecho se ha orientado definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, al considerar como concepto fundamental para una construcción teórica del derecho no ya el concepto de norma, sino el de ordenamiento entendido como sistema de normas. (Peces-Barba, 2006)

Ese orden jurídico positivo kelseniano tiene un alto contenido dogmático: es neutral a nivel axiológico, centra la validez como criterio de determinación de lo jurídico y sostiene la existencia de una jerarquía entre las reglas. En cuanto al tema de las fuentes del derecho, el positivismo de Kelsen es enfático en establecer un catálogo tendiente a definir cuáles son las fuentes que el orden jurídico admite como válidas. La lista tiene un contenido amplio: ley como fuente primigenia, y

costumbre, principios generales del derecho, jurisprudencia como fuentes auxiliares. La jerarquización de las fuentes está relacionada con la jerarquización de las normas: en un sistema kelseniano la norma fundamental, o constitución o *grundnorm*, es la regla fundamental y primigenia del Estado democrático, la cual es la cúspide de la ley como fuente. Más adelante veremos cómo esa noción de norma fundamental es ampliada, refutándole a Kelsen su división tajante entre el derecho y la moral.

Por ahora es importante concluir que la tesis del positivismo jurídico racionalista de Kelsen cumple un cometido: la sistematización del estudio del derecho. Las fuentes del derecho auxiliares o secundarias solamente son fuente si cumplen con las condiciones de validez para la creación de una norma y si no contrarían las reglas básicas o fundamentales del sistema (De Miranda, 1993). Un ejemplo de ello es el criterio de validez general del que depende la costumbre como fuente: solamente la costumbre *praeter legem* o *secundum legem* pueden ser tenidas en cuenta como origen de una norma, mientras que la costumbre *contra legem* debe mantenerse marginada del derecho debido a la contradicción con el sistema jurídico.

En este escenario la teoría de las fuentes deja su carácter absoluto de la discusión inicial entre positivismo clásico e iusnaturalismo, pero pasa a una siguiente fase de desarrollo que denominaremos jerarquizada. Esta es la doctrina de las fuentes del derecho que abordaremos o entenderemos como dogmática o tradicional. A continuación veremos los modelos teóricos que han replicado el modelo científico de validez kelseniano en relación a las fuentes del derecho.

1.1.2. Críticas de la escuela histórica y del derecho libre

Las reacciones a la preponderancia del positivismo dogmático no se hicieron esperar, y de hecho han sido importantes para la reacción del realismo jurídico frente al ius-positivismo

kelseniano. Dos vertientes significativas son las que encarnaron la escuela histórica y la escuela del derecho libre. Tanto el realismo, como las dos escuelas mencionadas anteriormente, según Plazas Vega, son negaciones del dualismo iusnaturalismo-positivismo, con la intención de estudiar el derecho desde otros puntos de vista no totalizantes ni binarios.

La Escuela histórica del derecho es de raigambre alemán, y está claramente marcada por el romantiscismo alemán y el nacimiento de un nacionalismo del conocimiento en contraposición a la simple transcripción de las legislaciones francesas post-revolucionarias (Morelli, 2005, pág. 82). Su mayor representante fue Karl Von Savigny, jurista alemán que fue abiertamente reticente a las teorías universalistas que negaban el derecho naciente del pueblo. Siendo más precisos, lo que Savigny sostenía era que ni la legislación ni la fuente divina originaria debían definir el derecho, sino que este es construida a partir del espíritu del pueblo (Plazas Vega, 2009). Esa abstracción de la esencia cultural alemana tiene que ver con la reivindicación de la costumbre o el derecho consuetudinario como fuente del derecho fundamental: según Savigny el derecho está construido antes de la intervención del legislador.

A pesar de la inteligencia y belleza de sus propuestas, la tesis central de Savigny fue duramente cuestionada por Alf Ross y Rudolf Von Iering, quienes discuten la perspectiva romántica y el poco trasfondo científico de las ideas del maestro alemán.

El acento de Savigny en cuanto al espíritu del pueblo expresado históricamente como la fuente del derecho positivo merece ser cuestionada por reduccionista. No siempre se explica con ello el origen del derecho positivo, y deja en la penumbra otros factores como la labor voluntaria, libre y consciente de algunos seres humanos concretos cuyas decisiones han llevado a la gestación de un derecho positivo que sin ellos no hubiese existido. En el

fondo, margina el fenómeno del poder que permite a algunos conseguir que otros obren de acuerdo con los deseos de aquéllos (Morelli, 2005, pág. 92).

Por otra parte, la Escuela del derecho libre centró su reacción frente a la visión cerrada del debate iusnaturalismo-iuspositivismo. Representada principalmente por Hermann Kantorowicz, esta escuela se ve a sí misma como sociológica; pretende sustentar la importancia del juez como aplicador o adaptador del derecho a las relaciones sociales problemáticas. Por ende, son partidarios de que el derecho libre debe aceptar las limitaciones del derecho positivo y dar pie al estudio de la labor que ejercen los jueces y la jurisprudencia como fuente fundamental del derecho. Dice (Plazas Vega, 2009, pág. 162) que “sus planteamientos son antirracionalistas y antiformalistas y rechazan la analogía, la interpretación extensiva y los razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales y la deducción”. Y dice el mismo Kantorowicz: “Solo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, solo si la plenitud del derecho libre hace posible dar a cada paso la reglamentación adecuada, solo donde hay libertad, existe también justicia” (Plazas Vega, 2009, pág. 163).

La idea de Kantorowicz era que el derecho libre se distinguiera diametralmente del derecho formal o de creación estatal. Según esta idea el derecho libre es un concepto difuso y difícil de conceptualizar: es derecho libre todo aquello que no es derecho formal pero que tiene una inminente incidencia en las prácticas cotidianas o en los errores del sistema de derecho. Las lagunas, sobretudo, tienen una importancia capital en esta perspectiva; la forma de solucionarlas es aceptando la injerencia y labor que realizan los jueces, no solo como meros intérpretes, sino como creadores de derecho.

La pregunta que hay que formularse a partir de este momento es la siguiente: ¿de dónde extrae el juez los criterios para resolver un caso cuando nos encontramos en presencia de una laguna? La respuesta de Kantorowicz es obvia: si la ley no facilita una respuesta y si tampoco los procedimientos tradicionales de interpretación la proporcionan, solo puede acudir al derecho libre. (...) “Solo el derecho libre con la espontaneidad de sus decisiones y la claridad emotiva de su contenido frente al caso concreto, puede colmar las lagunas” (Segura Ortega, 1993, pág. 118).

No es prematuro advertir que esta concepción sobre la aplicación del derecho tendrá una incidencia mayor a la de las tesis de Savigny. Una vez que el derecho supera la exégesis, y se embarca en la sistematización del orden jurídico, se hace necesaria una reflexión menos apática sobre el papel de los jueces en la determinación, creación y aplicación del derecho. Kantorowicz, a nuestro juicio, formuló la inquietud correcta, que más tarde retomarían positivistas kelsenianos y realistas jurídicos al estudiar el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho.

1.1.3. El realismo jurídico: el problema de la eficacia del derecho

A pesar de los planteamientos de Kantorowicz hacia un papel de la jurisprudencia como fuente fundamental, sus posiciones terminarían por acercarse a un derecho natural renovado. Sus tesis pierden interés en cuanto caen en la disputa clásica del derecho hecho por dios o por los hombres, sin discutir las bases epistemológicas hegemónicas del positivismo kelseniano. La cruzada del realismo es directamente contra el formalismo jurídico emanado de la visión normativista del positivismo.

A nivel general, esta perspectiva sobre el derecho entra a cuestionar el dualismo planteado por Kelsen sobre el ser y el deber ser de lo jurídico. Según el filósofo austriaco, el derecho objetivo

se reduce a su deber ser, a lo que significa el sistema jurídico conformado por normas debidamente formuladas por los criterios de validez. Por el contrario, el realismo cuestiona fuertemente esta visión normativista; el enfoque de los realistas trata de reivindicar el *ser* del derecho, intercambiando la preocupación de la validez por la de la eficacia del derecho. Por el mero hecho de existir, una norma no es eficaz, pues el escenario de aplicación de las normas no es la génesis legislativa, sino los tribunales jurisdiccionales. Confirma Plazas Vega (2009) que los realistas “ponen en tela de juicio los criterios de validez que prescinden de los hechos para depender únicamente del ordenamiento positivo o de preceptos pre-legales condicionantes de la ley humana” (pág 220).

No obstante, esta generalización no hace una distinción primordial en esta corriente de pensamiento. El realismo jurídico tiene dos vertientes, una su versión norteamericana y otra su versión escandinava. Las dos mantienen el lazo común de la preocupación por la eficacia del derecho, pero sus conclusiones y precisiones conceptuales se distancian en torno al papel que juega la validez como criterio de determinación del derecho: si los realistas han decidido concentrarse en el ser del derecho ¿para qué las normas abstractas que representan el deber ser positivista?

1.1.3.1. Realismo jurídico norteamericano

Esta vertiente del realismo en general, se desarrolla en el contexto jurídico estadounidense de herencia anglosajona, en el cual el sistema de derecho no es dependiente del derecho legislado y sostiene un sólido orden judicial que en muchas ocasiones crea, aplica o define el derecho. Uno de sus primeros representantes fue el Juez de la Suprema Corte Owen Holmes, quien llegó a asegurar que “las profecías de lo que los tribunales harán es lo que entiendo por derecho” (Plazas Vega, 2009, pág. 176).

En ese orden de ideas, la preocupación por el ser del derecho se traduce en sustentar que el contenido del derecho no se halla en las fuentes legales, sino en las decisiones que toman los jueces. El papel de la jurisprudencia como fuente es preponderante para esta mirada realista, debido a que se opone categóricamente a un derecho legislado y de interpretación exegética: pretenden dotar al juez de la libertad suficiente como para aplicar y crear el derecho. A pesar de esto, los mismos doctrinantes del realismo norteamericano reconocen que sus posiciones son más un método que una propuesta teórica: una técnica de acercamiento a la verdad formal o procesal de los hechos en los cuales se basa el juez para tomar una decisión.

Una de las tesis con las cuales combate el realismo norteamericano radica en la fuerza exegética del precedente jurisprudencial, lo cual entienden como la fosilización del derecho legislado en la aplicación reduccionista y gramatical de las proposiciones normativas. Heredera del derecho libre de Kantorowickz, esta posición propone la apertura del precedente judicial frente a un viraje en la decisión de acuerdo a los nuevos hechos o zonas de penumbra del derecho reglado.

Otra de las tesis centrales la expresó Roscoe Pound, al inscribir sus planteamientos dentro de lo que llamó jurisprudencia sociológica. Pound sostiene una disputa o desacuerdo con dos miradas: la exégesis normativista y legalista y el romantiscismo abstracto de Savigny. Ambas posturas adolecen de un sistema de interpretación que reconozca la dimensión sociológica o psicológica del derecho, además de negar que casos individuales, no contemplados por las normas o contrarios a estas, puedan resolverse de forma razonable y justa (Plazas Vega, 2009). Según Pound las posturas unidimensionales referidas no pueden resolver un problema del derecho como es.

Finalmente, la tesis que entra a cerrar el ciclo del realismo jurídico norteamericano fue la que procuró darle mayor certeza a la verdad formal o procesal dentro de una decisión judicial. Si bien es cierto que los jueces no conocen de primera mano los hechos que dan origen a una controversia, el doctrinante Jerome Frank sostiene que hay que acercarse al máximo grado a la verdad procesal basada en un estudio riguroso y juicioso de los hechos. La concentración normativista, según Frank, se ha olvidado de la eficacia de un derecho probatorio sólido, que vaya más allá de la aplicación exegetica de las reglas y permita la aplicación del contenido o ser del derecho (Frank, 1968).

Las críticas al movimiento realista norteamericano se dirigen en dos sentidos. Alf Ross (como veremos inmediatamente) sugiere que la atención de los norteamericanos recae en una visión igualmente unidimensional del derecho como la que sustenta el positivismo, solo que reemplaza al deber ser por el ser de lo jurídico. Por otra parte, Ronald Dworkin sostendrá más tarde que la tarea de los jueces es la protección de los derechos subjetivos, más no su creación (Dworkin, 2007).

Su concepción del derecho como la predicción de lo que hagan los jueces en sus sentencias, ha dado lugar a fundadas críticas, porque es indudable que los pronunciamientos judiciales, sin perjuicio de la labor de interpretación a que haya lugar, tienen como referencia las normas y precedentes judiciales y los hechos (Plazas Vega, 2009, pág. 202).

1.1.3.2. Realismo jurídico escandinavo

Esta corriente de pensamiento se concentra, al igual que su versión norteamericana, en salir de la disputa entre iusnaturalismo y positivismo. No obstante, parte de la crítica de Ross a Jerome Frank y compañía radica en una concentración excesiva en el ser del derecho, que termina

desplazando o descartando la importancia del derecho vigente o positivo o legislado. Por el contrario, los realistas escandinavos encontrarán en Ross y Olivecrona, pero sobretudo en el primero, exponentes que tratan de integrar y mediar las disputas entre el ser y el deber ser, lo cual los expone a una discusión abierta con el positivismo normativista y sistemático de Kelsen.

Según Ross, los realistas escandinavos se oponen a dos líneas de pensamiento: a los que se dedican a entender el derecho como realidad de forma exclusiva y a los que estiman que el derecho solo debe ver visto desde la construcción sistémica y dogmática del deber ser. Tanto unos como otros equivocan el propósito de una teoría del derecho completa: Ross enuncia que si bien es cierto que derecho legislado existe y no debe desconocerse, es un error negar el papel que desempeñan los jueces en la realización y aplicación del derecho. Este paradigma sostiene una posición bidimensional, que trata de estudiar tanto la validez como la eficacia del derecho.

En este punto Ross hace una precisión importante: la validez no es lo mismo que la vigencia, a diferencia de lo que entiende Kelsen. Según el escandinavo, la vigencia está vinculada a la parte negada de la validez que desatiende el paradigma del positivismo en Kelsen. Sobre la disputa entre los dos es pertinente y revelador el siguiente párrafo del profesor español Gregorio Peces-Barba:

El propio Kelsen acusa a Ross de reducir la validez a la eficacia. Dirá que la teoría de Ross reposa fundamentalmente en la identificación de la validez con la eficacia, a la que Ross llama (en la traducción de *Sobre el derecho y la justicia* de Genaro Carrió) vigencia. En ese mismo trabajo Kelsen refuta a Ross (...), e insiste en que “la validez de una norma jurídica significa que debe ser acatada y aplicada y no que es acatada y aplicada”. (...) Porque vigencia no es lo mismo que validez, sino si se quiere una validez eficaz, o como

dice Ross (...) “el conjunto abstracto de ideas normativas... efectivamente obedecidas y que lo son porque son vividas como socialmente obligatorias. (Peces-Barba, 2006, pág. 62)

Ross niega que la validez en el sentido kelseniano cumpla función en la descripción y explicación de la realidad, y sitúa el pensamiento kelseniano “como una supervivencia como de la filosofía del derecho natural de tipo cuasi positivista”, puesto que la efectividad del poder es una realidad innegable que se coloca en el origen de la validez, y en cuyo nivel, se sitúan también los problemas de obediencia y aceptación por la participación de los ciudadanos en la formación del poder en las sociedades democráticas, que no es necesario remitir al momento del cumplimiento concreto de las normas. (Peces-Barba, 2006, pág. 64)

El interés de Ross es claro, y se enfoca en reconocer los momentos previos y posteriores al derecho como deber ser: más allá de la validez kelseniana hay dos tipos de fuerza; una que da origen al derecho y otra que implica el elemento de coerción de las normas visto desde una mirada sociológica. La segunda fuerza, sobretodo, rompe la mirada de las fuentes del derecho desde Kelsen, puesto que trata de encontrar un balance crítico entre validez en sentido estricto y vigencia o eficacia a través de la reivindicación de la jurisprudencia como fuente normativa.

En este sentido, tanto el juez como el legislador son creadores del derecho; los jueces en cuanto el derecho en acción y los legisladores en cuanto normas abstractas. Alrededor de esta idea de completud de la teoría del derecho giran los planteamientos de Ross. A pesar de que Ross coincidía con Kelsen en la pretensión de conformar la verdadera ciencia del derecho, sus pensamientos se bifurcan a partir de la distinción tajante que hace Kelsen entre el derecho y otras ciencias. Para Ross, por el contrario, la sociología jurídica y la psicología social tiene mucho que

decir acerca del derecho en acción y aporta elementos de certeza a la interpretación integral que debe realizar el juez: tanto para respetar el orden jurídico como para extenderlo o ampliarlo de ser necesario.

Un intento de resumen puede expresarse de la siguiente manera: mientras que para Kelsen el derecho es unidimensional y estático, para Ross es bidimensional y dinámico. El aporte de Ross es esencial para la comprensión de la evolución de la teoría del derecho, en su camino a la reflexión amplia e integral del fenómeno jurídico.

Otro de los autores referentes del realismo escandinavo fue Karl Olivecrona, quien en su obra *El derecho como hecho*, reivindica los ámbitos jurídicos jurisdiccional y consuetudinario, más allá de la producción positiva de normas. Al igual que Ross, Olivecrona reconoce la existencia de dos dimensiones de la creación de las reglas: una que denomina legislativa y otra que llama imitación de la conducta.

El autor referenciado diagnostica que efectivamente la voluntad del legislador es la génesis de las normas, pero no por eso hay que olvidar que la Constitución es la que define los procedimientos para su validez. A pesar de la coincidencia con Hart en este punto, Olivecrona refuta que la voluntad legislativa pueda generalizarse, pues es harto evidente que el derecho se crea, a su vez, desde la discusión doctrinal, la formación de un proyecto de ley o las posturas de los jueces; en pocas palabras, el derecho pasaría a estar definido por los operadores jurídicos, definitivos o transitorios, que actúan frente a la estática voluntad legislativa.

Así las cosas, Olivecrona indica que el defecto de las miradas unidimensionales positivistas radica en el no reconocimiento de otras posibilidades de creación del derecho; este autor es quizá mucho más enfático en afirmar y sustentar la capacidad de los jueces para crear derecho, ante los

vacíos, lagunas, contradicciones y desatenciones del sistema de creación de las normas. De tal suerte que el derecho no se reduce al normativismo positivo, sino que es creado a partir de la imitación de la conducta, que se divide en el derecho consuetudinario y el derecho jurisprudencial: alusión directa al carácter fundamental de la costumbre y del precedente judicial como fuentes de derecho.

La creación del derecho es ininterrumpida y no se limita a la promulgación de leyes. Las providencias judiciales, los estudios jurídicos, los contratos, los estatutos, que con tan reconocido dinamismo se repiten en el seno de la sociedad, contribuyen, en forma concurrente, para ese inagotable proceso de creación (Plazas Vega, 2009, pág. 219)

1.1.4. Trialismo jurídico: validez, legitimidad y eficacia.

Hasta el momento hemos sustentado debidamente dos tipos de corrientes: unas unidimensionales y otras bidimensionales. En las primeras podemos enmarcar a la exégesis, al iusnaturalismo y al positivismo kelseniano, mientras que en las segundas podemos ubicar al realismo escandinavo y al positivismo analítico de Hart. No obstante para entender la evolución de la teoría de las fuentes y de la teoría del derecho en general, no basta con hacer esta distinción, sino que es imperativo hacer referencia a los autores que han sostenido una tercera alternativa al binomio teórico-jurídico antes presentado. Su importancia radica en que en la actualidad ha tenido un alto impacto en la forma en que entendemos el sistema normativo, las fuentes y sobretodo el papel de los tribunales constitucionales.

El trialismo jurídico viene a ser la versión tridimensional de la teoría del derecho. Representa la intención de integrar las tesis hasta ahora propuestas y encontrar los puntos que favorecen una mirada holística del fenómeno jurídico, que no desprecie las tesis y formas

anteriores de entenderlo. Para ello deben distinguirse, inicialmente, tres dimensiones del derecho que, respectivamente, reivindican la relación estrecha y necesaria, dinámica y constante, entre norma, valor y hecho: la dimensión nomológica, dikiológica y sociológica o fáctica. La primera consiste en la parte normativa y positivista del orden jurídico (criterios de validez y creación de las reglas), la segunda se refiere a los valores que sostienen el sistema jurídico de forma integral y la tercera se refiere a la influencia y necesidad de la realidad social como criterio de interpretación de la eficacia del derecho.

Aquí podemos identificar dos elementos a tener en cuenta: i) la intención de darle unidad y cierre al derecho a partir del concepto de integridad o completitud de lo jurídico y ii) la importancia que tiene la ruptura de la concepción tradicional de fuentes del derecho en esta búsqueda. La unidad del derecho, como veremos más adelante, consiste en darle un sentido y una dirección al derecho, a partir de la identificación de sus propiedades necesarias o condiciones de posibilidad. Entretanto, la ruptura de la visión tradicional y jerárquica se hace necesaria en la mirada triádica del derecho, pues ya no es suficiente con un listado de fuentes del derecho en las que se establece la ley como primigenia y las demás como auxiliares.

A propósito de esta última situación, y de los aportes que venimos exponiendo de las escuelas histórica y realista del derecho, (Plazas Vega, 2009) refiere que a la costumbre y a la jurisprudencia como fuentes, se agrega “que la creación del derecho es ininterrumpida e impredecible y evoluciona a la luz de las tres dimensiones interactuantes que le dan sentido” (pág. 226). Esta versión teórica ha sido recibida por distintos sectores académicos y jurisdiccionales en Colombia: a través del denominado neoconstitucionalismo o del nuevo derecho, al igual que se deriva del trabajo de la Corte Constitucional como garante de la Constitución como cierre axiológico del sistema. Más adelante veremos esta cuestión con más detalle.

No obstante, es importante hacer referencia a estos puntos porque ya vamos adentrándonos a la forma en que Colombia ha sido receptor de esta mirada tridimensional del derecho, al igual que ha aplicado sus postulados a través de las instituciones judiciales. De tal suerte que los jueces no están sometidos solo al imperio de la ley o de la validez, sino que deberán reflexionar y meditar las decisiones que toman partir de la eficacia y de la legitimidad de lo jurídico.

Entendemos por legitimidad la cuestión de política jurídica, como diría Ross, que recae de manera genérica en el legislador, pero que tiende a corregirse o llenarse o ampliarse a partir de lo que deciden los jueces. En este nuevo elemento que le da sentido a la tridimensionalidad del derecho se puede descubrir que la legitimidad no se reduce simplemente a una congruencia del órgano competente para crear normas, sino a la búsqueda más razonable o justa de una decisión judicial. Así las cosas la legitimidad pasa a tener un doble sentido: i) el mantenimiento de la voluntad del legislador como representante del pueblo y ii) el sentido de corrección o razonabilidad basado en los derechos fundamentales consignados en la carta política. En este sentido, la legitimidad del poder judicial para decidir según un criterio de justicia está basado en una decisión contramayoritaria y contralegislativa, pero que tiene como propósito la protección y garantía de los derechos fundamentales de los fuertes y de los débiles, de la mayoría y de las minorías por igual (Ferrajoli, 2002).

La tridimensionalidad validez, eficacia y legitimidad, completan la teoría del derecho y le permiten al juez moverse entre estas orillas interrelacionadas. Lo que no se le permite al juez es el desconocimiento de una de ellas: no se puede ignorar la voluntad del legislador, ni la legalidad, ni la realidad social. No obstante el juez si queda habilitado para indicar el camino más razonable o justo de acuerdo a los criterios e interpretaciones extensivas y garantistas de la constitución política. Los derechos fundamentales pasan a integrar la validez del sistema, como veremos más

adelante, y son la forma en que se salta la voluntad mayoritaria y legislativa común, en función de proteger los derechos subjetivos más importantes.

1.2. Constitución y Jurisprudencia como ruptura al concepto tradicional de fuentes en Colombia

El sistema de derecho colombiano ha sido construido a partir de una mezcla de trasplantes o injertos jurídico-teóricos. Esto implica reconocer que en Colombia no se ha construido teoría del derecho propia, sino que se han trasladado conceptos y epistemologías ajenas, principalmente de las familias ius-filosóficas occidentales. Por una parte, el orden jurídico civil y constitucional de finales del siglo XIX se vio altamente influenciado por el Código Civil napoleónico, que fue traducido por Andrés Bello para las legislaciones de Chile, primero, y de Colombia, luego; y por la otra, se transformó a partir de la incursión de la reorientación jurisprudencial del derecho anglosajón en Norteamérica y de la influencia que ejercieron la constitución de Weimar de 1919 y la constitución española de 1978, posterior a la dictadura de Francisco Franco, en la construcción de la nueva constitución política de 1991, después de los cambios constitucionales que ya se habían hecho por vía de reformas institucionales.

Así las cosas, el sistema jurídico nacional comparte las bondades de ambas familias jurídicas: la seguridad jurídica, legal y civil, atada a la promulgación de las normas válidamente tramitadas por el órgano legislativo, de raigambre francés y la perspectiva del derecho jurisprudencial o de precedente, que expresa una preocupación por la eficacia y la aplicación del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la complejidad de los casos y el margen de maniobra

argumentativa que debe tener en cuenta el operador jurisdiccional, siempre y cuando se garantice la protección de intereses, derechos y principios constitucionales de los ciudadanos².

Lo anterior desemboca en un orden constitucional de carácter mixto, a partir del cual se puede aseverar que Colombia ha acogido fielmente la doctrina del trialismo jurídico. El advenimiento del Estado social de derecho fundado en la Carta Política de 1991, vino a confirmar una dimensión hasta el momento desconocida, que implicó la transformación de la lectura sobre el derecho colombiano. No solo se trata aquí de la ya anunciada tridimensionalidad del derecho, sino del contenido moral político de la constitución, que extiende su dimensión estrictamente normativa o jerárquica. A su vez, la ruptura definitiva de la teoría tradicional de las fuentes del derecho radica en la consolidación del precedente jurisprudencial y en su carácter vinculante. La jurisprudencia pasa a tener un papel esencial en el orden jurídico colombiano, tal como otrora lo vaticinaban autores como Kantorowicz, Ross y Olivecrona; no obstante, la realidad jurídica no ha sido tal cual lo anunciaba la escuela del derecho libre o el realismo jurídico.

1.2.1. Constitución

La Constitución moderna está concebida, como el caso de la colombiana, desde la visión trialista del derecho. De tal suerte que es concebida más allá de su injerencia normativa y jerárquica, teniendo en cuenta que los principios y valores que contiene adquieren una importancia fundamental para el entendimiento holístico o integral del derecho. Inicialmente recordaremos la

² De tal suerte que en Colombia se ha producido la influencia de tres familias jurídicas que en algunos puntos se confunden entre sí, debido a la aplicación del sistema de derecho nacional que las integra en la creación y aplicación de sus normas: la herencia francesa legal-civilista, el sistema de precedente judicial norteamericano y el garantismo alemán e italiano.

concepción normativa de la constitución para luego ahondar en los elementos adicionales que la actual teoría del derecho le ha atribuido a la Constitución como norma de normas del sistema.

Referencia el profesor español Gregorio Peces-Barba que la constitución normativa-kelseniana debe ser i) la norma de mayor jerarquía en el sistema jurídico y ii) debe preservarse en el tiempo (Peces-Barba, 2006, pág. 38) . Adicional a ello, el mismo Kelsen establece, respaldado por autores más contemporáneos como Bockenforde o Dworkin, que la constitución debe ser democrática, por cuanto la relación entre el estado de derecho y la democracia es inescindible.

Esta tesis básica de la Constitución fue desarrollada posteriormente por Hart, al reconocer que la Constitución se entiende como la regla de reconocimiento; la cual se define como una práctica social efectiva que puede ser descrita mediante un enunciado de hecho externo (Hart, 2012). Una vez formulada, la constitución dispone el reconocimiento validez de la existencia y pertinencia de una norma para su integración al sistema. En otras palabras, la regla de reconocimiento establece los criterios para que una norma exista (Rodríguez Garavito, 1997).

A pesar de que esta concepción normativista de la Constitución sigue estando vigente, fue ampliada por el Estado Social de Derecho formulado en el texto constitucional de 1991. Desde Kelsen, la pretendida neutralidad del derecho hacía imposible que la Constitución tuviera un contenido moral o político, pues al decir del positivismo esto contaminaba los criterios de validez y a la constitución misma, fundamento de un estado democrático (Monroy Cabra, 2005).

No obstante, las disposiciones constitucionales de 1991 fueron claras en salirse de esa distinción tajante entre el derecho y la moral, al equiparar su constitución a los antecedentes europeos, como el caso de la Constitución Española y de la Constitución Alemana. Soportado en los antecedentes doctrinales y teóricos de Dworkin, Rawls y Alexy, el Estado social Colombiano

asumió la existencia de un contenido axiológico constitucional, el cual reemplaza la relación entre la iglesia católica y el poder público: así las cosas, la moral constitucional es producto de una forma social y garantista de entender la justicia, que va más allá de una religión o fe particular (a pesar de que esta sea compartida por la mayoría de personas).

El Estado Social de Derecho también integró otros dos elementos importantes, desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional: la defensa de los derechos fundamentales de los más débiles a pesar de que la mayoría no comparta la decisión (tesis sustentada por Ferrajoli) y la ampliación del catálogo de derechos constitucionales, en los cuales se incluyeron las luchas sociales por la educación, el trabajo y la salud. Respecto a estos elementos, señala Luis (Villar Borda, 2007):

El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real. (...) Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el de empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social asistencia médica, el de educación, etc. Como ya se dijo, algunos de esos derechos tenían una historia anterior, pero la novedad está en la tipificación de una forma de Estado, el Estado social de derecho. El concepto, que inicialmente tenía una definición bastante vaga y general, se ha ido concretando a través de la legislación y la jurisprudencia. Su aplicación puede decirse que comprende principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y de la familia, derecho a la vivienda, a la

educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura.

De esta referencia se puede destacar la nueva dimensión que está contenida en la Constitución, la cual tiene como propósito generar la integralidad o coherencia del sistema: los principios y las reglas, como se verá en acápites posteriores, no tienen una misma estructura y peso en el sistema. El contenido axiológico es preponderante para que se entienda a la Constitución como una de las instituciones más importantes de la sociedad y como depositaria de ciertos principios de justicia pública (Rawls, 1995)³.

A su vez, Villar Borda diagnostica que la Constitución meramente no basta, pues se convertiría en letra muerta si no existe un sistema de justicia constitucional que garantiza su cumplimiento e interpretación correcta. Tanto la Constitución como la Jurisprudencia pasan a ser fuentes de vital importancia en la aplicación y creación del derecho. La primera señala el contenido de la justicia pública y la segunda dispone los medios necesarios para que los jueces materialicen los fines y propósitos allí referenciados y desarrollados por el Tribunal Constitucional.

1.2.2. Jurisprudencia

Una de las polémicas contemporáneas de la teoría del derecho surge a partir de la afirmación “los jueces crean derecho a través de sus providencias”. Si esto es cierto, vale la pena

³ Rawls sostiene que la elección de dichos principios de justicia depende de que una sociedad bien ordenada, bajo un criterio de imparcialidad (una posición original que no tenga en cuenta la ubicación en las jerarquías sociales y un velo de ignorancia que haga a un lado las concepciones privadas de lo justo) pueda reconocer y aceptar un concepto público de la justicia. A juicio del autor norteamericano, en estas condiciones las sociedades deberían formular dos principios básicos y generales: “i) cada persona ha de tener un derecho igual al esquema de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás y ii) las desigualdades sociales y económicas serán reconocidas de tal modo que sean razonablemente benéficas para todos y se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”.

analizar qué tipo de norma se está creando en los fallos judiciales y de qué manera esta se incorpora como texto normativo válido en el orden jurídico, primigeniamente integrado por normas creadas por autoridades legislativas.

Según (Aguiló Regla, 2009), las normas de origen judicial no se crean en función de la descripción del derecho, sino de su justificación; se producen cuando el juez no puede limitarse a un razonamiento lógico-deductivo para dar respuesta a un caso, y alude a la argumentación jurídica para justificar la solución adecuada. Los jueces se basan en un razonamiento holístico-hermenéutico, que tiene en cuenta criterios de validez y de justificación, y además rechaza el concepto limitado de aplicación del derecho que concebían las escuelas del positivismo clásico (exégesis francesa) y del positivismo dogmático (perspectiva neutral y pura promovida por Kelsen). Así las cosas, el resultado de dicho análisis será una justificación adecuada al caso concreto, que se constituye en norma de origen judicial a través de dos posibles modelos: el de precedente o el de jurisprudencia.

Si bien es cierto que en los sistemas jurídicos contemporáneos, ambos conceptos son usados de manera indistinta, conviene resaltar sus diferencias para captar claramente la manera en que se integran las normas de origen judicial al orden jurídico. La jurisprudencia es el conjunto de sentencias, generalmente de las altas cortes, que integran lo que se denomina “línea jurisprudencial”, en la cual se incluye una determinada interpretación o análisis que ha sido reiterado de forma continua. El precedente, por el contrario, se refiere a un caso puntual, fallado a través de una sentencia, que en su *ratio decidendi* contenga una justificación o argumentación de alta importancia para la interpretación judicial, con el fin de que se aplique igualmente a hechos equiparables (Taruffo, 2007).

Mientras la jurisprudencia suele asociarse con la familia jurídica del *common law*, el precedente es concebido como un concepto nuevo, de alta importancia para el derecho contemporáneo en países como España, Alemania o Francia; no obstante, es óbice aclarar que los sistemas constitucionales actuales han optado por una mezcla entre ambos conceptos. La jurisprudencia es entendida como el conjunto de documentos (resultado de la labor de los jueces) que contienen, en sí mismos, el derecho objetivo⁴ (Aguiló Regla, 2012); mientras el precedente se constituye como parte del sistema jurídico a través de su dirección y de su fuerza: cumpliendo con que i) esté dirigido a jueces de menor rango y ii) su acatamiento sea de obligatorio cumplimiento⁵.

Michele Taruffo, catedrático italiano, acepta la dificultad de hallar una jurisprudencia consistente (teniendo en cuenta que quienes la construyen son las Cortes o Tribunales de mayor jerarquía), por cuanto su consolidación enfrenta dos problemas: i) la multiplicidad de fallos que sean contradictorios, expedidos por la misma instancia y ii) la discordancia entre sentencias expedidas por corporaciones de jerarquía equiparable. Entre tanto, es más sencillo el camino del precedente judicial, que solo se puede considerar tal cuando el juez sucesivo (inferior jerarquía) acata o sigue la norma de origen judicial anterior (expedida por jueces de mayor jerarquía).

El juez que estudia un caso en el cual existe un precedente, deberá optar por las siguientes alternativas, con el fin de garantizar tanto el respeto al precedente como el deber judicial de

⁴ Este tipo de definición se opone a una lectura esencialmente codificada del derecho, pues pretende que el conjunto de ideas, argumentos o interpretaciones acumuladas en las sentencias de un Tribunal de alto rango se consideren derecho objetivo: concepción que contraría, por supuesto, la perspectiva dogmática que no admite la creación de normas por un órgano distinto al legislador.

⁵ Sobre el particular, es necesario una precisión: no es cierto que el precedente es, necesariamente, una camisa de fuerza para el juez menor. A juicio de los autores de la presente investigación, el juez debe tener la potestad de apartarse del precedente optando por una decisión que contraría la anterior interpretación, siempre y cuando esta sea justificada. Más adelante se profundizará en la fundamentación de dicha “justificación”.

corregir el derecho (en el que se concentrará el capítulo II del estudio): i) declarar y aplicar el precedente ya existente; ii) distinguir el caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente; y iii) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, derogarlo o anularlo. (Aguiló Regla, 2012)

Esta fundamentación sirve para comprender la forma en que se ha producido la ruptura de la teoría de las fuentes del derecho en el orden jurídico colombiano, por cuanto cada sistema opta por aceptar y aplicar la distinción doctrinal referida o por agregar elementos propios o por desconocerla. Como ya se advirtió en el acápite previo de Antecedentes, la jurisprudencia colombiana ha desarrollado un sistema de precedente judicial, que si bien es acorde a lo descrito en los párrafos ulteriores, se distingue porque es más flexible en el elemento de obligatoriedad: se le permite al juez la posibilidad de apartarse del precedente, incluso de una interpretación emitida por un Tribunal de máxima jerarquía, si se justifica suficiente y razonablemente que la continuidad del precedente es injusta o que la aplicación del precedente es equivocada con ocasión del caso concreto. Teniendo en cuenta lo anterior, en lo sucesivo se utilizarán de forma indistinta los términos jurisprudencia y precedente jurisprudencial, debido a la necesidad de comprender las particularidades de la incorporación de normas de origen judicial al ordenamiento jurídico colombiano y su relación con la ruptura de la concepción dogmática sobre las fuentes del derecho.

La jurisprudencia colombiana pasó de ser una fuente auxiliar del derecho a ser el medio para la creación de normas de origen judicial que hacen parte del derecho objetivo; su quehacer se ha ampliado lo suficiente para ejecutar el derecho, pero a su vez se ha dispuesto que la interpretación judicial tiene un deber de corregir el sistema y la posibilidad de crear disposiciones jurídicas. Donde además se demuestra el cambio de paradigma formalista y hermético del derecho, tendiente a una apertura del sistema de fuentes.

La jurisprudencia resulta ser la fuente que permite el dinamismo del sistema jurídico, al llenar vacíos normativos, resolver lagunas o antinomias en el derecho; pero a su vez, al integrar y dar coherencia al sistema jurídico a través de un criterio de corrección. Pasó a ser la fuente con más protagonismo, debido a que cumple esa función de cierre sistémico. Los funcionarios judiciales se convirtieron en el centro de la evolución del derecho, al tener que tomar las decisiones más razonables o justas. Además se debe destacar que esta consagración de la jurisprudencia como fuente principal se logró por vía jurisprudencial. Esto se evidencia en reiteradas decisiones de altas cortes donde se dice que el precedente jurisprudencial es fuente de derecho de obligatoria aplicación, como se evidencia a continuación en las sentencias de constitucionalidad C- 539 de 2011; C- 634 de 2011 y C- 836 de 2001.

todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. (Corte Constitucional, C- 539, 2011)

En la sentencia C- 634/11, se demanda la constitucionalidad del artículo 10 de ley 1437 de 2011 bajo el argumento de que la jurisprudencia no debería tener ese carácter vinculante y obligación de ser aplicadas. Pero la misma corte reitera la modificación en el sistema de fuentes y declara exequible la norma demandada ya que dos de los principios básicos de un estado constitucional son la igualdad y la seguridad jurídica; éstos se salvaguardan mediante la interpretación que hacen las altas cortes y el precedente que se crea. Finalmente la sentencia C- 836 de 2001, indica que,

El texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo (Corte Constitucional, C- 836/01)

Como se veía en los antecedentes presentados, la jurisprudencia ha adquirido especial importancia en Colombia debido a la dificultad de materializar la parte axiológica de la constitución, aquella que no solo organiza el Estado, sino que obliga a las instituciones públicas a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Baste decir, por ahora, que es anacrónico insistir en una separación jerárquica de las fuentes, pues la práctica judicial y jurídica ha denotado que en Colombia muchos derechos quedan inconclusos o son violentados debido la acción u omisión del poder legislativo o ejecutivo. En ese contexto, el precedente judicial se ha transformado en una herramienta para la realización de derechos, con el fin de materializar las amplias promesas de la voluntad constituyente de 1991.

1.2.3. Comentario: la ruptura de la teoría de las fuentes en Colombia

Efectivamente, la Constitución trae un catálogo de fuentes del derecho las cuales reivindican el papel positivo, normativo y jerarquizado del texto constitucional; no obstante, el artículo 230 de la Constitución hace referencia al imperio de la ley, haciendo un símil a los criterios de validez inviolables. Como advertíamos a lo largo de este acápite, el trialismo jurídico que adoptó Colombia transformó el criterio de la validez; ya no solo se trataba de unas reglas de producción de normas, sino que se integraron valores y principios públicos de justicia que garantizaran decisiones razonables y no solo legales.

La “validez” de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial -; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras- establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. Así, por ejemplo, la validez de las leyes ordinarias presupone que se hayan cumplido requisitos tales como la iniciación de su trámite en una determinada cámara legislativa, el transcurso de un determinado lapso de tiempo entre debates, su aprobación en menos de dos legislaturas, el cumplimiento de las normas sobre iniciativa legislativa o el respeto por la regla de unidad de materia. Adicionalmente, como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, **una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas.** (Subrayado es nuestro) (C-873 de 2003)

De tal suerte que el Imperio de la ley al que presuntamente se deben someter los jueces no se refiere únicamente al sentido normativista del término, sino que debe ser entendido y aplicado a partir de la tridimensionalidad del derecho y del carácter valorativo de la validez. Esto implica una ruptura significativa: el derecho por sí mismo, en su validez positiva, no basta para garantizar un sistema de justicia razonable; y mucho menos para proteger a los ciudadanos de posible intromisiones en sus derechos personalísimos. En el camino trazado por el constituyente en 1991,

la justicia tiene un papel fundamental, el cual no está limitado a la aplicación restringida de las normas jurídicas. Por el contrario, la labor del juez acarrea moverse entre las dimensiones del derecho para así decidir con arreglo a los fines y garantías constitucionales.

Así las cosas, los argumentos en contra de la relación entre derecho y moral (como veremos más adelante) y del papel de la jurisprudencia como fuente desconocen el contexto jurídico-constitucional que nos atañe. Parecen alegatos de regulación jurídica hacia el pasado, y no hacia el futuro. Tal vez una advertencia significativa radica en que las ideas que se oponen a una decisión judicial con mayor poder de aplicación del derecho están pensando el derecho como algo fosilizado y quieto; como si la dinámica de producción jurídica jamás pensara en un tiempo verbal futuro. Y ese es, probablemente, el desatino más grande de los doctrinantes que se niegan a reconocer la influencia trialista, constitucional y jurisprudencial de nuestro orden jurídico.

La jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho o la equidad pueden ser fuentes principales de ser necesario. De igual forma hay que señalar que el criterio para la aplicación del derecho, como se verá más adelante, es la corrección; acción que depende del quehacer juicioso de los jueces en busca de decisiones más justas. En este sentido la interpretación que hace la Corte Constitucional Colombiana de los valores y principios constitucionales es esencial para saber de qué forma debe realizarse esa corrección; pues esta no es arbitraria, ni tampoco caprichosa: obedece al criterio ampliado de validez en el cual se incluye un concepto público de justicia a partir de los derechos fundamentales.

1.3. Integridad, unidad e imágenes del derecho

Referenciada la ruptura de la teoría tradicional de las fuentes del derecho, principalmente a partir de la importancia que ha cobrado la jurisprudencia y la constitución (como fuentes) para

los estados constitucionales actuales, es prioritario sustentar teóricamente tal ascenso en la jerarquía de la producción jurídica. Detrás del papel creciente de la hermenéutica jurídico-constitucional está el respaldo de la teoría jurídica de Dworkin, Aguiló, Alexy y otros autores que abordaremos en este y otros apartes.

Una vez abordado el tema problemático de las fuentes del derecho, podemos evidenciar que este también contiene unos problemas adicionales; como son la pregunta por la unidad del derecho (relacionado con la integridad del sistema) o la cuestión de las imágenes que se crean a partir de las inquietudes acerca de la pretensión de coherencia sistémica. La relación entre la teoría contemporánea de las fuentes, que va más allá del iuspositivismo kelseniano o hartiano (Carrió, 1970), y la unidad del derecho depende del vínculo entre derecho y moral; durante siglos de pensamiento jurídico se había negado que existiera tal conexión, e incluso que esta fuera relevante para pensar el derecho como integridad.

Para llegar a la unidad del derecho, es pertinente esbozar unos pequeños antecedentes. La base teórico-jurídica que rompió la teoría formal de las fuentes del derecho positivista, radica, en primer lugar, en la idea del derecho como integridad de Dworkin. En concepto de Albert Calsamiglia, el filósofo norteamericano sugería que el sistema jurídico debía ser como una persona moral; esto es, coherente entre su accionar y su conciencia. Para completar la metáfora se puede decir que la conciencia son los principios fundacionales del Estado constitucional contemporáneo y el accionar es la aplicación del derecho y su interpretación coherente.

La propuesta de Dworkin está dirigida a una sociedad ordenada (en la línea de Rawls), democrática y respetuosa de los derechos: no pretende, como dice Calsamiglia, reproducir la realidad en el modelo, sino hacer un modelo que pueda acercarse lo máximo posible a la realidad

(Calsamiglia, 1992). A nivel general, sugiere cuatro principios que deben seguirse en la construcción de su perspectiva: equidad, justicia, legalidad e integridad. Los tres primeros pueden verse inmiscuidos en un conflicto de comprensión conceptual, en tanto son fácilmente confundidos⁶. Pero el último es un aporte distintivo a otras formas de entender la justicia o los principios de justicia ampliamente estudiados por la doctrina jurídica en la obra de (Rawls, 1995).

La integridad no se puede confundir en la medida que pretende la coherencia del sistema: entre los principios y las normas. La distinción que se hace de los principios tiene que ver con que son abstractos, constitucionalizados y tienen un peso, una importancia sobre la determinación de lo que es moral (política)⁷. Las normas son las mismas reglas, entendidas desde Hart, que se cumplen o no se cumplen (Rodríguez Garavito, 1997) y contiene los elementos generales de la disposición normativa: conducta y consecuencia jurídica.

Volviendo a los principios fundacionales, la integridad exige un concepto público de la justicia, donde no se produzca una confrontación de subjetividades o morales privadas, sino una aplicación coherente de lo que es justo en relación a los principios constitucionales. A esto se le puede llamar moral pública constitucional. De tal suerte que la equidad puede darse o no darse,

⁶ La equidad se refiere a procedimientos iguales para todos; ejemplo: cada persona aporta un voto en la democracia representativa. La justicia hace referencia a los resultados de una decisión judicial y no a los medios o parte formal de aplicación del derecho; pueden existir decisiones justas por procedimientos no equitativos y decisiones injustas por procedimientos inequitativos. La legalidad se refiere a que la coacción del Estado debe estar juridificada; es la única válida.

⁷ Alexy refiere que los principios no solo tienen peso, sino que son mandatos de optimización, que implican un peso, sí, pero que este no es inmutable y por el contrario varía según el contexto de la decisión judicial a tomar. Un ejemplo claro de ello es a lo que se le denomina, tanto en Dworkin como en Alexy, como casos difíciles. Véase ALEXY, Robert (1998) Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 139-151

pero tendrá una suerte de corrección a partir de una razón pública constitucional (razonabilidad). La integridad representa un cierto sacrificio de la justicia, al igual que de la equidad y de la legalidad: pero todo se justificará en cuanto la coacción del Estado esté amparada en la integridad y el derecho sea un conjunto de principios normas y directrices inacabado e incompleto: por lo tanto, susceptible de cambios en el tiempo.

El concepto de integridad planteó un interesante debate; una nueva vertiente de la teoría del derecho en el cual era importante establecer vínculos entre derecho y moral, ya no desde un punto de vista iusnaturalista, sino dentro de los límites y fundamentos del positivismo imperante. Dice Aguiló Regla, que la unidad del derecho es uno de los problemas contemporáneos para la teoría de las fuentes del derecho, en tanto expresa la pregunta por el camino más adecuado para lograr la integridad del derecho. Expone el profesor español que en la actualidad conocemos una pluralidad de normas enfrentadas en una convivencia tensionante; cuyo choque, disputa, cuestionamiento puede generar contradicciones que no son admisibles para obtener la unidad o la integridad.

En su libro *Teoría de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Aguiló sustenta que existen dos dimensiones regulativas del derecho: a) directiva y b) valorativa o justificativa. En cuanto a a) podemos decir que consiste en entender el derecho como guía con una sola voz; en ese sentido, la unidad se obtiene cuando se remedian las inconsistencias en el paradigma exclusivo de la validez (antinomias, lagunas). El propósito de esta dimensión es encaminar el deber ser en la conducta, para así obtener la adecuada obediencia del derecho. En caso contrario, b) entiende al derecho como conjunto de valores y principios, asimilando que la corrección hacia la unidad va más allá de la solución de los problemas o contradicciones entre reglas. Para esta dimensión, la unidad se obtiene cuando se resuelven incoherencias del sistema (Aguiló Regla, 2012).

En pocas palabras, a) pretende la consistencia del sistema, mientras que b) propugna por su coherencia. La diferencia entre una y otra consigna consiste en que la consistencia atañe a un criterio de validez, mientras que la coherencia se refiere a un criterio de justificación. Las dos dimensiones buscan que la unidad del derecho brinde una respuesta basada en el derecho y no en normas particulares. Esto nos lleva a reafirmar la tesis del derecho como sistema.

No obstante, la sistematización del orden jurídico ya había sido sustentada por Kelsen. La diferencia con el modelo contemporáneo de los estados constitucionales se basa en que Kelsen preferiría únicamente la dimensión a) (Carrió, 1970), mientras que restringiría la posibilidad de la dimensión b) en virtud de la neutralidad axiológica (Morales, 2001, pág. 14). La dimensión justificativa o valorativa de la unidad del derecho coincide perfectamente con el juicio que se hace sobre la propuesta teórica de Dworkin. Mientras las tesis de Kelsen y Hart eran meramente descriptivas del sistema, la de (Dworkin, 2012) es descriptiva-justificativa. En otras palabras, integra las dos dimensiones antes expuestas.

Valga destacar, como conclusión de este acápite, que la ampliación de las soluciones a la integridad del derecho crean dos imágenes o discursos del derecho que son, como ya expusimos, complementarios. Por un lado está la imagen a) directiva del derecho y por otra la b) justificativa. La primera entiende al derecho como una herramienta de coerción y orden social y jurídico, mientras la segunda explica que el derecho es una institución que busca proteger ciertos bienes (principios, valores, derechos) (Aguiló Regla, 2012).

1.4. Justificación de las decisiones judiciales y creación racional del propio derecho

Entendida la diferencia entre coherencia y consistencia del derecho, en función del concepto de integridad o unidad del sistema, queda por abordar en qué sentido se puede hablar de

una imagen del derecho de carácter justificativo, y como esta forma de aplicar el derecho se relaciona con la creación racional o razonable de normas de origen judicial, generando una autorregulación sistémica según un criterio de justicia pública o moral política.

El papel de la jurisprudencia como fuente del derecho, que genera normas de origen judicial, puede ayudar a ilustrar de qué manera se ha transformado la eficacia del derecho. Atendiendo a que los jueces están atados a criterios de validez, pero también de corrección o coherencia (en función de ciertos bienes jurídicos fundamentales), el derecho constitucional contemporáneo no concibe una aplicación exclusivamente lógico-deductiva de las normas jurídicas.

El razonamiento lógico-deductivo consiste en la aplicación rigurosa del silogismo judicial, en el cual existe una premisa mayor (texto normativo), una premisa menor (hechos o actos de interés para el derecho) y una consecuencia jurídica que se deriva del comparación entre las premisas y la deducción de si la conducta desplegada se ajusta al criterio dispuesto por la proposición normativa (Aguiló Regla, 2012).

Por el contrario, la imagen del derecho justificativa sostiene que el juez debe ir más allá de esa mirada formal, pues puede incurrir en un desconocimiento del criterio de corrección o de justicia que se sostiene en los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución. De tal suerte que una lectura actual del derecho constitucional invita al juez a sobrepasar las barreras de la lógica deductiva y desplegar su accionar hacia un razonamiento holístico e interpretativo, que tenga en cuenta elementos axiológicos-constitucionales para resolver y justificar adecuadamente un problema jurídico, a través de las reglas de la argumentación para solidificar y sostener su fallo.

Estas opciones han sido abordadas por los académicos que estudian el fenómeno de la constitucionalización del derecho⁸, pues este proceso puede generar otra forma de aplicar el derecho en áreas que inicialmente parecían independientes al derecho constitucional, como el área civil, administrativo o laboral, por poner algunos ejemplos. En Colombia el debate ha generado posiciones divididas. En primer lugar, están quienes aún no encuentran razones para aplicar un modelo que supere o desconozca una aplicación lógico-deductiva del derecho objetivo, pues a su juicio se desnaturaliza la independencia de cada rama del derecho si la decisión judicial pasa a estar supeditada a una suerte de jerarquía de los derechos fundamentales constitucionales y de las normas de origen judicial que protegen dichos intereses esenciales a través del Tribunal Constitucional; otro argumento consiste en la usurpación de funciones que le endilgan a los jueces (en especial a las altas cortes) al alterar o desconocer el criterio de validez ejercido por el órgano legislativo en la expedición de leyes.

La Constitución necesita de las leyes y de las demás fuentes del Derecho. Ello queda patente de su propio texto. Son múltiples las ocasiones en las que se remite a la ley. (...) Es la misma Constitución la que se declara incompetente para establecer normas que son propias, de acuerdo con la tradición y la ciencia jurídica, de los Códigos de derecho privado. Las posibles contradicciones que puedan darse entre las previsiones de la ley civil y el texto constitucional pueden superarse por la vía interpretativa: si hay varias lecturas de un texto y alguna es inconstitucional y en otra no, hay que preferir mantener la vigencia del texto mediante la elección de su sentido constitucional. (...) En todo caso pensamos que es menester ser prudente a la hora de proclamar la inconstitucionalidad de las leyes civiles,

⁸ Véanse, en el plano nacional, las obras de Alexei Julio Estrada y Juan Jacobo Calderón: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* y *La constitucionalización del derecho privado*, respectivamente.

sobre todo de aquellas que mantienen una vigencia secular y que son avaladas por siglos de experiencia. Así como la ley debe interpretarse según la Constitución, en ocasiones será el texto constitucional el que deba entenderse de un modo que resulte compatible con algunas de estas instituciones fundamentales que con seguridad no pudieron los constituyentes querer derogar o modificar. (Corral Talciani, 2004)

Si bien estas preocupaciones son válidas y juiciosamente formuladas, se valen de un pensamiento excesivamente legalista y positivista, en el cual resuena el eco del temor francés a la “dictadura de los jueces” y de la no-objetividad o no-cientificidad de las resoluciones judiciales. No solo se trata de que dichas afirmaciones sean erróneas o imprecisas, sino que pretenden desconocer o detener un fenómeno de corrección del derecho formulado por la consolidación de los derechos humanos universales, a mitad del Siglo XX, y su posterior positivización en múltiples textos normativos constitucionales a nivel continental⁹. Dicho constitucionalismo contemporáneo

(...) puede caracterizarse, entre otras cosas, por la materialización del derecho por medio de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la relación del derecho con la moral y la importancia de la argumentación, viene a retar los fundamentos clásicos de la forma como se ha entendido el derecho, en especial mediante el proceso que ha sido llamado constitucionalización del derecho. (Suárez, 2014)

De igual forma vale destacar que la realización de dicha doctrina recae en las funciones constitucionales que adquieren los jueces, dependiendo de su jerarquía y rango, pero que a nivel

⁹ Véanse como ejemplo la Constitución Española de 1978, la Constitución Argentina de 1994, la Constitución Peruana de 1993 y la Constitución Colombiana de 1991.

general consiste en controlar el discurso jurídico para prevenir contradicciones entre el derecho positivo y la axiología constitucional.

(...) a través de un razonamiento basado en aquellos principios morales o éticos y su relación con las normas positivas que perpetúan situaciones de desigualdad real, con el objeto de promover el desarrollo pleno de la autonomía y el bienestar para el caso concreto. En este sentido, el juez “ejemplar”, no solo es quien tiene un conocimiento cabal de los elementos formales de la práctica jurídica sino quien puede reconstruir y considerar todas las circunstancias particulares del caso en concreto y (...) considerar su resolución justa. (De Fazio, 2013, pág. 204)

En ese sentido, el fenómeno descrito no pretende que los jueces usurpen las funciones del legislativo, sino que busca mantener y garantizar la coherencia del sistema, tomando como justificación la ruptura de las fuentes del derecho, la consolidación de la unidad del derecho y la posterior construcción de la creación racional del propio derecho a partir de la interpretación argumentada, consignada en el precedente judicial¹⁰.

¹⁰ Si bien es cierto que la cuestión del constitucionalismo escapa a la reflexión de esta investigación, no es posible obviar que hay autores que han brindado una salida entre la extrema constitucionalización y el objetivismo y legalismo a ultranza. Por ejemplo, Juan Jacobo Calderón lo denomina como constitucionalización adecuada, mientras Wilson Yesid (Suárez, 2014) se ha referido a una salida al dualismo a través del constitucionalización constructivista. Ambas son posiciones intermedias que dan cuenta de los argumentos de las posiciones enfrentadas y que deciden apostar por una constitucionalización intermedia, en la cual no es posible evitar que la constitución sea entendida como el marco general de aplicación del derecho, pero tampoco se pueden relativizar o desaparecer los institutos propios del derecho privado. En la misma dirección, a pesar de sus reparos, apunta el profesor Hernán (Corral Talciani, 2004), quien manifiesta su escepticismo frente a un constitucionalismo que alegue vacíos legales en la legislación civil y se ocupe de llenarlos según conceptos e interpretaciones de índole constitucional; así las cosas, sugiere que “en general, debe decirse que así como los actos jurídicos se presumen válidos hasta que declara lo contrario, las leyes han de presumirse constitucionales mientras no se conste por los medios previstos su contrariedad a la Carta Fundamental”. De esa forma se evita que se llegue a la “autarquía constitucional”, donde el Tribunal podría ignorar la legislación civil para reemplazarla o complementarla con sus razones constitucionales.

En definitiva, cuando un juez toma una decisión, no está solo describiendo o aplicando el derecho, sino más bien justificando la solución al problema planteado. Esto emparenta la actividad de la creación de normas de origen judicial con la actividad de la razón, mientras que las normas de origen legislativo se rigen por la voluntad de los representantes elegidos democráticamente (Aguiló Regla, 2012). Si los jueces deciden en función de la razón, el contenido de sus providencias no se puede dejar al arbitrio de la subjetividad o de la voluntad mayoritaria (como se verá en el capítulo iii) y debe obedecer al principio de universalidad, consistente en garantizar que la misma justificación se aplicará de igual forma a casos semejantes.

(...) la decisión producida para el caso precedente puede explicar efectos en cualquier modo prescriptivos o normativos sobre la decisión del caso sucesivo solamente bajo la condición de que del precedente específico pueda derivarse una regla aplicable igualmente a los otros casos, es decir, bajo la condición de que la decisión formulada en derecho sobre el caso precedente sea susceptible de universalizar. (Taruffo, 2007)

Así las cosas, las sentencias judiciales no son caprichos, sino productos de la razonabilidad ejercida por el juez para integrar o dar sentido al sistema de derecho. Teniendo en cuenta el carácter obligatorio (relativo o riguroso) del precedente, el derecho se formula y reformula a través de un procedimiento afín a la razón y que incluye la pretensión de corrección que recae en el funcionario jurisdiccional, ya sea de alto o bajo rango.

A este procedimiento se le ha denominado doctrinalmente como “método jurídico” o “creación racional del propio derecho” (Aguiló Regla, 2012), que a nuestro juicio consiste en pensar el derecho explícito (normas creadas por autoridades jurídicas) de manera tal que se pueda realizar la imagen directiva del derecho, pero sobretudo la imagen justificativa del derecho. Esto

no es otra cosa que apostar por un derecho implícito, que existe más allá del criterio de validez dogmático y de la voluntad del operador judicial, y que proporciona a la validez un nuevo contenido: las normas jurídicas formuladas por el legislador, los principios y derechos fundamentales constitucionales, las normas de origen judicial (precedente) y los estudios doctrinales o académicos; además de otras fuentes como la costumbre, los principios generales del derecho o la analogía.

De tal suerte que el derecho evoluciona en la medida que es comprendido a partir de la multiplicidad de fuentes y de la pericia o habilidad argumentativa del juez para justificar sus sentencias. En otras palabras, el sistema jurídico proporciona las herramientas para un desarrollo progresivo y auto-referencial, en el cual no se haga alusión a elementos extrajurídicos: por una parte se mantiene un criterio de validez propio del positivismo dogmático, pero por otra parte dicho criterio es ampliado debido a la obsolescencia de la neutralidad axiológica. La corrección del derecho es un deber del juez, pues en él recae la tarea de dar unidad, coherencia e integridad al orden jurídico. El operador judicial se vale del método jurídico o de la creación racional del propio derecho para emitir juicios de corrección moral-política sin escindirse de los márgenes del campo jurídico.

Este derecho de los jueces se aplica como una continuidad crítica, que delega la tarea de transformación del derecho a la argumentación y a la razón: la justificación de las decisiones, como ya se advirtió, está enmarcada en unos límites constitucionales. En resumen, los jueces en sus providencias están coligados a efectuar el deber de corrección, a través de un razonamiento holístico-hermenéutico, para construir y reconstruir el derecho implícito y por ende dar cierre coherente al sistema jurídico. La fundamentación de dicho deber de corrección será el tema que ocupe el segundo capítulo de la presente indagación.

Capítulo II

Imagen justificativa del derecho, la naturaleza dual del derecho y la pretensión de corrección

Este acápite tratará de explicar y sustentar por qué existe una relación entre la ruptura de la jerarquía tradicional de las fuentes del derecho y la imagen justificativa del derecho (sustentada en la unidad del derecho por la dimensión valorativa). Para tal fin es necesario ver la transformación o ampliación actual de la teoría del derecho normativista de Kelsen, que ha pretendido dotar a la ciencia jurídica de una preocupación adicional a la mera certeza o validez del derecho. A su vez, es relevante exponer la ruptura teórica que representan las reflexiones contemporáneas sobre la relación entre derecho y moral.

Como se venía exponiendo, el positivismo jurídico de Kelsen y Hart es meramente descriptivo, mientras la posición de Dworkin o de Alexy implica una visión descriptiva y justificativa del derecho. La valoración o justificación del derecho tiene el propósito principal de ir más allá de la validez y reconocer la existencia de las esferas de lo legítimo y lo eficaz. Este nuevo paradigma trajo consigo la necesidad de sustentar o argumentar el sistema jurídico, no simplemente entenderlo como algo susceptible de descripción y de certeza. El sistema normativo se ve frente al reto de estudiar las relaciones entre el derecho y la moral, o el derecho y lo político. Los límites de lo jurídico siguen siendo claros, pero se trata de extender las reflexiones científicas, atascadas por un tiempo en el tema de del lenguaje y la validez del derecho.

Una vez finalizada la segunda guerra mundial, y evidenciado el fracaso de sistemas jurídicos neutrales que finalmente fueron utilizados por el fascismo y la segregación racial, los

pensamientos iusfilosóficos¹¹ de posguerra apuntaron a la fundamentación de límites morales que todo orden jurídico debe respetar. Como la modernidad caló hondo en el concepto del derecho, la mayoría de Estados-nación europeos habían adoptado órdenes jurídicos positivos, pero no se habían arriesgado a parir un orden internacional con fuerza de coerción y funciones específicas. Los juzgamientos posteriores a la caída del Tercer Reich (Juicios de Nurehnberg) dieron apertura a una nueva era de la ciencia jurídica: una en la que el principio de legalidad no servía de excusa ante las graves afectaciones a los derechos de las personas (Ortíz Triviño, 2006); y donde además se promovió el afianzamiento de una organización supraestatal que garantizara la no-repetición de un suceso bélico de tal magnitud¹².

Si bien el nacimiento de los derechos humanos data de mucho antes, pasando por las corrientes iusnaturalistas hasta las declaraciones formales de derechos en el periodo revolucionario francés, su forma jurídica actual solo se vio necesaria ante la devastación de la que es capaz una porción de la humanidad que aplica la validez a su antojo y arbitrio. El interés por la justicia se renovó a través de la idea universal de los derechos humanos, tomándolos como reparo o avance científico para el mejoramiento de los Estados de derecho modernos kelsenianos.

Para Luigi Ferrajoli los derechos humanos son efectivamente universales, pero no son obligaciones sino garantías. A pesar de que este autor italiano ha sostenido una discusión con las

¹¹ Es muy útil reseñar la diferencia que expone Arthur Kaufmann entre la teoría del derecho y la filosofía del derecho; la primera se dedica a la parte más abstracta y estática del sistema, a su descripción neutral y a sus procedimientos de creación, mientras que los iusfilósofos apuntan a preguntas más allá de la formalidad; la complejidad de la justicia, las posibilidades de erradicar la desigualdad o el desarrollo de estados de derecho que incluyan la protección de garantías sociales mínimas. Véase Kauffman, Arthur (2006) Filosofía del derecho. Bogotá, Colombia. Universidad Externado.

¹² Es conocido el debate que se generó a partir de la aplicación de un principio de retroactividad de la ley, lo cual en materia penal vulnera el principio de la aplicación de la ley vigente al momento de la comisión de la conducta delictiva.

ideas de Alexy, valga aclarar que en este caso sus tesis son complementarias. Alexy define los derechos humanos como mandatos de optimización con un contenido axiológico, que por su naturaleza son realizables a través de su progresiva aplicación a partir de las decisiones judiciales (Alexy, 2005). Se entiende que el vínculo común de estas dos tesis radica en la garantía o materialización como prioridad; Ferrajoli menciona que si bien Europa ha sostenido una idea universal impositiva de estos derechos, esa no es su verdadera conceptualización: las declaraciones mundiales sobre el tema no son una orden para los Estados, sino una garantía de dichas premisas para los individuos¹³ (Ferrajoli, 2008).

Tal vez el enlace final entre estos dos bordes teóricos radica en que sus definiciones sobre los derechos globales exigen dos necesidades: la del derecho y la de la corrección. La del derecho consiste en que es necesario positivizar el catálogo de las declaraciones universales en los ordenamientos jurídicos nacionales (“La fundamentación de los derechos humanos (...) es la fundamentación de la necesidad de un sistema de derecho con un determinado contenido y (...) estructura (Alexy, 2005, pág. 96)); la de la corrección, principalmente defendida por Alexy, menciona que el derecho por sí mismo no basta, sino que es necesario hacer coherente el sistema jurídico a través de una relación necesaria entre derecho y moral. En este sentido, los derechos fundamentales serían la versión estatal de los derechos humanos.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas en capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier

¹³ Dice (Alexy, 2005) “El principio de los derechos humanos afirma que todos los hombres tienen determinados derechos.”

expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas (Ferrajoli, 2001).

Una vez sustentado el origen y existencia de los derechos humanos como derechos fundamentales, vale ampliar la segunda necesidad mencionada en el párrafo anterior. Lo que justifica y encierra los dos elementos que se han tratado hasta ahora son un argumento de naturaleza conceptual: la pretensión de corrección que se deriva, no del concepto del derecho, sino de las propiedades necesarias para entender qué es el derecho.

El jurista alemán expone que definir el derecho es una pérdida de tiempo, en la medida que no es imperativo definirlo sino conceptualizarlo. Esto implica establecer cuáles son las propiedades necesarias del derecho. Alexy explica que dichas propiedades ayudarán a entender cuáles son los elementos y argumentos que integran el derecho y que se derivan de su existencia. Tanto la coerción, como la corrección son propiedades necesarias del derecho. La primera debido a lo imprescindible del carácter coercitivo del derecho, en la medida que es un elemento distintivo de otros sistemas normativos en los que no se requiere que haya un acatamiento o sometimiento de los sujetos a sus normas (la moral, la religión, los buenos modales) (Gaviria, 1992). Y la segunda porque la corrección implica una relación necesaria entre derecho y moral (Alexy, 2008).

Como se mencionó, la moral está ligada y contenida en los principios constitucionales, y por tanto no se refiere a razones privadas de índole religioso o conviccional. Alexy explica que esta relación es necesaria, en gran parte, porque es inevitable que en el derecho existan juicios o razonamientos basados en la justicia (Gaido, 2001). Esto concadena de forma concreta con lo que

antes se expuso de Dworkin respecto al derecho como integridad. En la actualidad, los Estados constitucionales y seculares manifiestan una abierta pretensión de justicia, y esto se debe a que los juicios morales son necesarios para justificar el derecho, ya no para describirlo simplemente.

En ese orden de ideas el derecho, ya no es más un conjunto de normas meramente descriptivo, sino que comprende una relación argumentativa, interpretativa y razonada entre, principios, derechos y reglas. Alexy asegura, en la misma línea que Aguiló (o viceversa) que el derecho tiene una naturaleza dual: por una parte está el escenario real o fáctico y por el otro el ideal o crítico (Alexy, 2008): el primero se refiere a las normas en su esencia prescriptiva y textual, mientras que el segundo se dedica a la fundamentación y corrección constante del sistema jurídico en razón a su moral política constitucional. Esta distinción se parece mucho a las dimensiones regulativas que esboza Aguiló, y lo que demuestra es que el deber de corrección es necesario para que haya tres cosas: i) unidad del derecho ii) coherencia sistémica e iii) integridad del derecho, lo cual, no deja de ser importante resaltarlo, acepta una evolución constante de los conceptos y razonamientos jurídicos y constitucionales de acuerdo a los problemas que surjan en el sistema y la forma en que los jueces los resuelven.

Ahora, resulta pertinente retomar esta idea de corrección que se ha nombrado anteriormente, pues representa uno de los ejes centrales de la presente investigación. Esta idea de lo correcto es desarrollada inicialmente con relación a la decisión judicial. Sin embargo, como esta idea viene ligada a la moral y a la justicia, resulta ser un concepto abstracto y genera un interrogante ¿Qué hace que una decisión sea correcta?

El positivismo descriptivo, de la línea de Kelsen, indica que lo correcto se logra a través de un procedimiento. El cumplimiento de determinadas reglas dadas por el mismo derecho

(acatamiento de la jerarquía tradicional de las fuentes, aplicación de una interpretación en torno a la validez y la consistencia del derecho) y su ejecución correcta desembocan en la corrección de una decisión, que dicho sea de paso se obtiene de forma objetiva, racional y lógico-deductiva.

Pero como se ha reiterado, las decisiones jurisdiccionales son productos humanos susceptibles de evaluación. Desde una perspectiva ético-normativa de análisis de la labor de los jueces, el tema de la corrección es un problema axiológico (Carbonell, 2015). Por lo tanto, la fundamentación de la tesis planteada se encuentra en la línea teórica de Ronald Dworkin y Robert Alexy.

(Dworkin, 2012), por un lado, se refiere a la “respuesta correcta” para decir que una decisión judicial fue interpretada bajo la práctica jurídica y la moralidad política de una comunidad, y así reseñar la inclusión de lo moral y lo jurídico en torno a la idea del derecho íntegro. De modo que,

La corrección axiológica de los procesos de aplicación del derecho consiste, para este autor, en el ajuste entre el objeto *decisión* y los criterios *material jurídico existente y doctrina jurídica* –leyes, decisiones judiciales anteriores– y *moral social* (objetiva), o en la lectura coherente de estos (amplios e indeterminados) criterios. A la relación entre la decisión y los dos primeros criterios, Dworkin llama *dimensión de ajuste*, y a la relación entre la decisión y criterios de moralidad política, *dimensión de valor o justificación*; estas son las dimensiones a las que, de acuerdo a este autor, *debe someterse la justificación moral del derecho como integridad* (Carbonell, 2015, pág. 12).

Al continuar con esta línea argumentativa (Alexy, 2008) formula que todo sistema de derecho requiere de una pretensión de corrección para ser catalogado como tal. Desde este punto

de vista se habla de criterios de corrección axiológicos, epistemológicos, lógicos, y técnicos que van más allá de la visión positivista de la interpretación exegetica o normativa-formal del ordenamiento. Determinada decisión es justa en cuanto se somete a las reglas regulares del derecho positivo, pero sobre todo cuando se somete al escrutinio de la argumentación y de la razonabilidad, en función del cumplimiento y protección de la axiología constitucional.

Sin embargo, también se debe resolver la inquietud por lo que es moral dentro del campo jurídico, ya que este tema del deber de corrección resulta ser un problema axiológico y se parte de la premisa de que existe una relación necesaria entre derecho y moral. Para esto Harman dice que “la moral surge como un acuerdo implícito o de un entendimiento tácito entre un grupo de personas sobre sus relaciones mutuas” (Carbonell, 2015, pág. 21). Se trata de un conjunto de valores, estándares y principios acordados; puede que existan múltiples sistemas morales a nivel privado, pero aquí se habla de un marco en donde hay unos mínimos comunes y generales.

La pretensión de corrección implica una obligación de justificación y asimismo exigencias de igualdad y universalidad. Cuando el sistema jurídico no cumple con el propósito de corregir los resultados son defectuosos, ilegítimos o inválidos. Es por esto que Alexy indica que los participantes en un sistema jurídico, en los diferentes niveles, tienen necesariamente pretensión de corrección.

Como parte final de este apartado, vale remitirse al objetivo inicial, que es responder por qué existe una relación entre la ruptura de la jerarquía tradicional de las fuentes del derecho y la imagen justificativa del derecho. La irrupción de la jurisprudencia como fuente de valor vinculante tiene una relación directa con la naturaleza ideal o crítica del derecho en Alexy. Esto se evidencia en que quienes ejercen el deber o pretensión de corrección son los jueces a la hora de aplicar el

derecho. Adicional a ello hay dos elementos que son fundamentales para entender la corrección, o mejor aún, su contenido axiológico: el primero es la constitución como norma jerárquica (Kelsen) que tiene una parte dogmática y otra orgánica, aquella establece el catálogo de derechos o principios constitucionales esenciales y esta establece la estructura del Estado; el segundo se refiere a la superioridad universal y garantista de los derechos fundamentales como positivización de los derechos humanos.

Aquello a lo que se hizo referencia anteriormente como moral pública constitucional o razonabilidad concibe un concepto público de la justicia, entendiendo que en virtud de los derechos fundamentales se realiza la corrección; más precisamente de su contenido abstracto, de su peso y de su carácter principialístico. El argumento de la corrección es importante para entender el quehacer de los jueces que en Colombia realizan la labor de resolver acciones de tutela, pero mucho más para comprender el sustento de la jurisprudencia de cierre en cabeza de las altas cortes, principalmente de la Corte Constitucional como garante del cumplimiento de su contenido dogmático y orgánico.

Efectivamente lo anterior sostiene debidamente que la naturaleza ideal o crítica (similar a la imagen justificativa) del derecho está relacionada con el papel de la jurisprudencia como medio para realizar el deber de corrección. La teoría de las fuentes del derecho contemporánea contempla que ya no se trata de un simple catálogo de referencias normativas jerarquizadas, sino que los jueces se proponen justificar y argumentar debidamente una decisión justa a partir de las garantías constitucionales consagradas en la carta magna y criterios interpretativos de los tribunales de cierre, como veremos en el siguiente acápite.

Capítulo III

Coherencia sistémica: autoridades jurisdiccionales y la obligación de corrección

En este apartado se sustenta que la pretensión de corrección está dirigida principalmente a los jueces. El criterio de razonabilidad pasa a tener una relevancia trascendental para la decisión judicial constitucional en Colombia, pues el fin del derecho en un Estado Social y Constitucional es la realización de las garantías y derechos individuales (y de las luchas o reivindicaciones sociales en la medida de lo posible).

Se aborda el problema de la corrección en el derecho de forma tal que se hace necesario hacer un recorrido por el sustento de una justicia constitucional que garantice el funcionamiento del deber de corregir el derecho, el dilema de la discrecionalidad judicial, el problema de la legitimación, para finalmente esbozar cómo se solucionan esos problemas a partir del entendimiento clasificador y calificador de la pretensión descrita; esto es que la obligación del juez puede derivar o no en la pérdida de validez formal de una norma. Los elementos conceptuales hallados en dicho camino reflexivo apuntan a la demostración de la concentración del deber de corrección y del discurso jurídico en la labor jurisdiccional.

3.1. Justicia Constitucional

No es posible hablar de la corrección en el derecho y de la realización de un concepto público de justicia sin la comprensión de las características de la justicia constitucional. Desde 1991 Colombia ha tenido un Tribunal Constitucional, unas acciones constitucionales con objetivos específicos (de constitucionalidad, tutela, petición, popular, de cumplimiento) y todos los jueces de la república fueron determinados como jueces constitucionales en sentido de la resolución de las tutelas de acuerdo a su competencia, establecidas en el Decreto 2591 de 1991.

Artículo 37. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud. (Decr 2591, 1991, Art 37)

Estas cuestiones prácticas y garantistas fueron producto de la recepción teórica de dos corrientes de pensamiento otrora equidistantes, pero que cada vez han acercado sus posturas: el modelo de constitucionalidad estadounidense difuso, y el europeo concentrado. El primero tiene como características que i) cualquier juez puede hacer control de constitucionalidad y ii) los efectos de las decisiones son inter-partes, derivado del funcionamiento judicial del precedente en Estados Unidos, de forma casuística. El segundo tiene como características que i) es un sistema de constitucionalismo concentrado, donde solo el Tribunal Constitucional puede realizar el control y ii) el efecto de las decisiones del Tribunal es erga omnes y tiene incidencia en la validez (no es necesario un caso puntual) (Roa, 2015).

Como se puede observar, el sistema constitucional colombiano tiene elementos de ambos sistemas, y por eso se dice que nuestro orden jurídico sustenta una justicia constitucional mixta: tenemos un Tribunal Constitucional de cierre que realiza control de constitucionalidad, pero a la vez realiza revisión (al azar o debido a su importancia) de sentencias producto de tutelas de todos los jueces de inferior rango (que a su vez pueden realizar la excepción de constitucionalidad o apartamiento de la doctrina probable); la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado una tesis del precedente jurisprudencial (véanse Antecedentes del presente documento) que integra dos elementos que eran disonantes: por un lado hace control de constitucionalidad abstracto y por el otro realiza análisis y sentencias de revisión de tutela con efectos interpartes y erga-omnes respecto a su parte motiva o *ratio decidendi*.

La combinación está soportada por la decisión autónoma y estatal de cada sistema nacional. No obstante, es importante ver otra distinción que es harto más moderna: la diferencia entre un constitucionalismo débil y un constitucionalismo fuerte. El profesor Jorge Ernesto Roa señala con precisión que:

Al primer grupo (débil) pertenecen aquellos diseños institucionales en los cuales existe un sistema de control de constitucionalidad, limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la (in)compatibilidad de las leyes con la Constitución en la última palabra dentro de la democracia. *A contrario sensu*, los sistemas fuertes de revisión judicial de la ley son aquellos en los cuales la decisión sobre la validez de un acto del legislador es adoptada por los jueces, con carácter definitivo y con el potencial de eliminar el acto normativo del ordenamiento jurídico. En estos diseños institucionales la decisión judicial es la última palabra en el sistema democrático. (Roa, 2015, pág. 2)

En ese sentido, el constitucionalismo colombiano ha venido desarrollando en mayor medida la dimensión fuerte, pues la evolución del precedente judicial con fuerza vinculante, el papel de la Corte Constitucional dentro del poder judicial y la aplicación de la corrección en el derecho han delegado en los jueces la gran responsabilidad del cierre de la coherencia sistémica, que pretende remediar la inacción del legislador. Si bien es cierto, como veremos más adelante, que la pretensión de corrección puede darse de forma clasificadora o calificadora, generando la invalidez o el simple defecto de una norma, respectivamente, no deja de ser cierto que nuestros sistema constitucional apunta a un fortalecimiento de las autoridades jurisdiccionales, y se les endilga la confianza de ser un poder contra mayoritario que aplique la justicia emanada de la constitución. El profesor Roa concluye que

Colombia ha implementado la fórmula del constitucionalismo fuerte. En efecto, en ese Estado existe una Constitución relativamente rígida, un sistema de control de constitucionalidad que involucra la existencia de un órgano especializado en el control de validez de las leyes (Corte Constitucional) y la facultad de todos los jueces del país para inaplicar leyes contrarias a la Constitución mediante la excepción de inconstitucionalidad. (Roa, 2015, pág. 8)

3.2. Discrecionalidad judicial ¿Sí o no?

Como se ha reiterado los tribunales en cabeza de los jueces no aplican el derecho de forma mecánica, o como dice la idea de Montesquieu: un juez no es solo la boca inerte que pronuncia palabras de la ley. Por estos motivos se creó la figura de la discrecionalidad judicial de la justicia constitucional. La figura de la discrecionalidad surgió debido a la indeterminación jurídica, que es evidente debido a la existencia de inconsistencias normativas (lagunas y antinomias) e incoherencias entre leyes y principios constitucionales o colisión entre derechos fundamentales.

De este modo el profesor Juan (Etcheverry, 2015) expone que la discrecionalidad surge como algo *inevitable* y como algo *deseable* dentro del sistema jurídico. Se entiende como algo inevitable desde el punto de vista que el derecho es indeterminable y por lo mismo no resulta capaz de ofrecer una única respuesta a una cuestión jurídica; desde el punto de vista de lo deseable, se dice que es favorable incentivar la capacidad del poder judicial para subsanar insuficiencias legales, moderar rigideces del sistema y salvaguardar derechos de los ciudadanos.

La discrecionalidad consiste en la autonomía que tienen los jueces de tomar decisiones con base en las virtudes de imparcialidad y neutralidad, que les permite optar por la decisión más correcta. “Como dice Hart, cuando el derecho resulte indeterminado, y por lo tanto ha de decidirse

de forma discrecional, el juez debe ejercer su poder de creación del derecho pero no debe hacerlo arbitrariamente” (Etcheverry, 2015, pág. 1400)

Como se evidencia, (Hart, 2012) es un exponente moderado de este postulado, por cuanto restringe la discrecionalidad al escenario de las inconsistencias. A la hora de enfrentar lo que llama casos difíciles, afirma que es factible la discrecionalidad del juez siempre y cuando: 1) haya más de una norma aplicable a un caso; 2) no exista una norma aplicable; 3) haya una norma y puede ser aplicada pero los resultados pueden ser injustos o socialmente perjudiciales; 4) haya un precedente que sea necesario modificar.

El juez tiene un poder discrecional restringido, de la misma manera, por ejemplo, que una autoridad administrativa debe seguir los parámetros de una ley marco. “Toda interpretación está limitada, (...) por el núcleo de significado de las expresiones lingüísticas contenidas en esa norma” (Rodríguez Garavito, 1997, pág. 70). Además, otras de las restricciones que tiene los jueces es que no pueden aplicar cualquier solución: debe ser imparcial y neutral, además de someterse a un sustento racional, que en ningún momento violente o desconozca el procedimiento legislativo de creación de las normas, sino que sirva para solventar los problemas que genera la textura abierta (múltiples interpretaciones) y la indeterminación del derecho.

A pesar de su propósito complementario, existen críticas a la discrecionalidad. Ronald Dworkin manifiesta un rechazo a la tesis de la discrecionalidad de Herbert Hart, en cuanto considera que esta concepción racional no resuelve el problema de la indeterminación del derecho. El filósofo norteamericano plantea como solución el modelo de principios, que propendan la integridad y la coherencia. Ya que los principios hacen parte del sistema jurídico se invalidan los

argumentos para manifestar que el juez es arbitrario o que está creando derecho. El juez se encuentra legitimado desde que aplique los principios que son dados.

Esta solución que plantea Dworkin entiende el derecho como integridad, como se expuso en el acápite anterior y el principal agente que está comprometido con el ideal jurídico-político de la integridad es el juez. Donde se solucionan dos de las grandes críticas que se hacen al tema de la discrecionalidad judicial: a) la del descubrimiento y creación del juez, debido a que sus decisiones se basan en principios; b) y en este modelo de principios, se acaba la distinción entre casos difíciles y fáciles, si hay una integridad todos los casos son iguales.

Por ello es que se habla de la conexión entre de derecho y moral, porque es una lectura moral de la constitución la que permite establecer unos estándares y principios fundamentales para proteger derechos, “debe haber al menos fundamentos morales para las afirmaciones acerca de la existencia de los derechos y deberes jurídicos” (Rodríguez Garavito, 1997, pág. 136) ya que la forma en cómo se puede regular la vida de una comunidad además de usar reglas, es a través de principios y estándares básicos,

Dworkin realza así la trascendencia de la actividad judicial, no solo porque de ella pueden depender la libertad y la propiedad de las personas, sino porque la aplicación del derecho reviste una dimensión moral notoria debido al riesgo de injusticia que conlleva enjuiciar públicamente la conducta individual. Si un proceso judicial es injusto, la comunidad – representada en sus jueces – infringe un daño moral a uno de sus miembros, porque en cierto grado lo ha señalado como proscrito. Pero las decisiones judiciales no solo tienen efecto para las partes, sino que afectan a otras personas. Esto sucede en los países que han adoptado un sistema de justicia constitucional, donde los jueces, al interpretar la

constitución, redefinen los contornos del poder público y el alcance de los derechos y de las libertades de las personas. (Arango, 1999, pág. 48)

Antes de tomar posición por cualquiera de los dos postulados, bien sea el de Hart o el de Dworkin, se debe decir que los dos planteamientos demuestran la importancia del deber de los jueces respecto a la corrección del derecho. Por otra parte, cabe aclarar que la investigación es más afín a una postura intermedia entre las posiciones presentadas: no es cierto que la discrecionalidad pueda limitarse a la inconsistencia, pero tampoco que la búsqueda de coherencia sistémica niegue el papel discrecional del juez; la decisión judicial no puede reducirse a una operación lógico deductiva, sea esta normativa o principialística. Debido a esto, resulta más afortunada la posición de Robert Alexy al respecto, en cuanto asume una relación necesaria entre derecho y moral, en la que igualmente existen casos complejos de ponderación entre principios o derechos fundamentales, en los que la solución pasará por la evaluación racional y razonable, a través de la argumentación, del peso específico de los principios o derechos en colisión.

3.3. Problema de la legitimación: el poder judicial contra-mayoritario

Los jueces, por lo general, no son elegidos por voto popular. Por esto, cierta facción académica conservadora asevera que ellos no representan los ciudadanos, no pueden juzgar los actos del pueblo y sus decisiones resultan ser ilegítimas. Contrario a lo que sucede con los integrantes de los órganos legislativos, elegidos a través de la deliberación democrática directa, el poder judicial es seleccionado a través de otros mecanismos, como la designación meritocrática o la votación representativa e indirecta en sede legislativa. De tal suerte que las tendencias conservadoras en la teoría jurídica afirman que esta es la razón por la cual el legislador puede crear normas y los jueces deben limitarse a la aplicación restringida y lógico-deductiva de las normas.

Sin embargo, el autor italiano Luigi Ferrajoli representa una facción contemporánea que trata de fundamentar las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. En una democracia existen dos tipos de funciones: las de gobierno y las de garantía. Las primeras tienen como origen la voluntad del pueblo, de poder, de disposición, de consenso y están legitimadas por el paradigma de la representatividad democrática; “El consenso es la fuente de legitimidad democrática de las funciones política de gobierno, pero solamente dentro de los límites y con los vínculos establecidos por las constituciones” (Ferrajoli, 2010, pág. 4)

Las segundas, que son atribuidas a los togados, se basan en un conocimiento competente para ejercer adecuadamente la aplicación del derecho y proteger los derechos de los ciudadanos. Esta tarea resulta relevante debido a que ningún consenso mayoritario puede legitimar decisiones contrarias a la constitución. Con el fin de evitar la tiranía democrática que resulta lesiva para los derechos de las minorías o de los más débiles, Ferrajoli (2002) refiere que el carácter contramayoritario de las decisiones judiciales está justificado para la protección efectiva de lo que denomina la “esfera de lo indecible”, que ninguna mayoría puede modificar, pues consiste en el conjunto de derechos fundamentales innegociables e indisponibles. Se instituyen para actuar y defender la esfera de lo indecible las que podemos llamar funciones de garantía, en las que se incluye la función judicial (secundaria), al igual que la función administrativa de garantía (primaria) de los derechos de libertad y de los derechos sociales igualmente vinculados a la ley (Ferrajoli, 2010).

De modo que la legitimidad de la jurisdicción proviene de la corrección y el fundamento de sus decisiones como presupuestos legales de su ejercicio. Dicho lo anterior además se deben nombrar los dos presupuestos de legitimidad de las funciones jurisdiccionales que refiere Ferrajoli:

i) La naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción: como se ha explicado, los jueces tienen una labor donde prima el conocimiento y el saber, en la que deben verificar hechos y situaciones para aplicar la ley. A diferencia de otras normas jurídicas que solo requieren para su validez el seguimiento una serie de disposiciones formales. Contrario a las decisiones judiciales, las cuales,

Son siempre verificaciones de una violación, y exigen por tanto una motivación fundada en argumentos cognitivos respecto de los hechos y re- cognitivos respecto del derecho, de cuya verdad, aunque sea de forma aproximativa como es toda verdad empírica, depende tanto de su validez o legitimidad jurídica, como su justicia o legitimidad política: si criticamos una condena o una absolución por considerarlas injustas es porque entendemos que son falsas sus motivaciones. (Ferrajoli, 2010, pág. 6)

ii) La garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos: el poder judicial incide sobre los derechos y libertades del ciudadano como individuo. Por lo ello, este poder no puede ser ejercido por una mayoría, pues no habría garantía de estabilidad y aplicación de los derechos. Los jueces se encargan de ejercer ese poder contra- mayoritario, para proteger los intereses particulares de cada persona que recurra a la jurisdicción.

En conclusión, el ejercicio de los togados está legitimado por el fin constitucional de respetar los enunciados de carácter ius-fundamental, para que estos no dependan del vaivén de las elecciones democráticas sino del conocimiento, la argumentación y la razón emanada por las cavilaciones de los jueces.

3.4.Pretensión de corrección recae en los jueces: dimensión racional y razonable de la argumentación

Como bien expresa Ferrajoli, los jueces constitucionales tienen un conocimiento especial del derecho, en función de su corrección. En este sentido, los togados necesitan competencias diferenciadas para ejercer suficientemente la garantía del orden constitucional. Baste recordar aquí lo que ya se ha insinuado constantemente y de forma transversal: es deber de los jueces tomar decisiones sólidas, en función de la protección de los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Empero ¿qué determina que una decisión sea sólida? (además de que sea discrecional o legítima, como se advertía anteriormente) Los jueces tienen la obligación de someter sus fallos a un riguroso escrutinio racional y razonable, pues el contenido o justificación de una sentencia nunca se deriva del capricho o de la arbitrariedad subjetiva. El paradigma de la argumentación refiere la relevancia de un procedimiento o estructura racional que permita dilucidar entre distintos tipos de argumentos o entre aquellos que tienen un peso mayor o menor (dimensión racional); que necesita, a su vez, más que una racionalidad práctica y discursiva. Como anota el profesor español Manuel (Atienza, 2013, pág. 216), se necesita de una teoría de la argumentación que vaya más allá de “un carácter puramente o esencialmente formal, sino que tendría (sic) que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral” (dimensión razonable).

Se concibe que la teoría de Alexy y la complementación de Atienza atienden a una necesidad de fijar unas reglas discursivas que permitan la discrecionalidad judicial, evite el cuestionamiento de la legitimidad contramayoritaria de los jueces y que a su vez sumen elementos de índole moral-político en función de la corrección del derecho. Dicho esto, es posible apuntar y

detallar cuales son las condiciones que deben acatar los jueces para garantizar la coherencia sistémica.

Robert (Alexy, 2005) plantea que existen cuatro tipos de argumentos: lingüísticos, genéticos, sistemáticos y práctico-generales: los lingüísticos “se apoyan en la constatación del uso de un idioma existente de hecho”, los genéticos “apuntan a la voluntad real del legislador histórico”, los sistemáticos “se apoyan en la idea de la unidad o de la coherencia del sistema jurídico” (pág. 55). Estos tres tipos de argumentos toman elementos del derecho vigente para sustentar una decisión jurídica. Entretanto, los argumentos práctico-generales son los de mayor contenido moral público, pues ante un escenario de ponderación entre preceptos constitucionales, son los que dirimen la colisión en razón a que su fuerza deriva de la pretensión de corrección del sistema.

La teoría de Alexy tiene la particularidad de tomar al derecho como un discurso, que es susceptible de construcción conceptual y procedimental a nivel meta-teórico¹⁴; en otras palabras implica establecer cuáles son las reglas previas de verdad de ese discurso, en cuanto al contenido y significado de los conceptos que se utilizan para la argumentación y las decisiones, y respecto al análisis meta-teórico de cuáles deben ser los procedimientos adecuados para la construcción de una elección o determinación correcta.

Los jueces en Colombia, en particular los magistrados del Tribunal Constitucional, se capacitan en un discurso constitucional y jurídico que contiene los elementos antes descritos

¹⁴ Por meta teoría entendemos el análisis supra teórico o el estudio teórico de la teoría. A pesar del pleonismo aparente, esta afirmación evidencia que más allá de la teoría del derecho, existe una preocupación por las reflexiones filosóficas que dan origen a esa teoría; terreno que va más allá de una explicación de conceptos, y que tiene la pretensión de estudiar a fondo la naturaleza del derecho y las propiedades necesarias que implican su aplicación o funcionamiento.

(decisión contra mayoritaria, cargas de la argumentación y discrecionalidad) y en la aplicación reiterada de los mismos por parte de la jurisprudencia constitucional, debido a que estos otorgan un sustento justo y necesario ante las críticas que eventualmente puedan recibir sus fallos. El propósito de entender el derecho como discurso es que pueda dar certeza al trabajo o a los escritos de quienes ejercen como profesionales en derecho o, en este caso, como jueces.

(...) la práctica del derecho como ejercicio discursivo, apoyado en la hermenéutica y la argumentación, es en últimas lo que determina su legitimidad. Esto conduce a la idea según la cual se requiere de una practicidad que se deriva de la razón proveniente de un ejercicio hermenéutico y discursivo riguroso, a esto me refiero con razón práctica, es decir, una práctica discursiva que resuelva de manera racional y con un discurso aceptable los determinados problemas jurídicos (...) Recordemos que el juez en el Estado Constitucional de derecho es también un guardián de valores sociales, y su práctica debe estar orientada a justificar decisiones que modifican realidades; antes esta gran responsabilidad, la moral y la ética en su discurso (razón práctica) debe ser un elemento que permita evaluar si dichas decisiones son legítimas (Sterling, 2013, pág. 156 y 157).

Lo anterior confirma, de manera más profunda, que la pretensión de corrección del derecho recae exclusivamente en los jueces, a través de un deber u obligación basado en la argumentación y la razonabilidad (principios y derechos constitucionales). De tal suerte que los jueces, dependiendo del sistema constitucional y del nivel de injerencia o impacto que tienen sus decisiones, ejercen la corrección moral-política de lo jurídico.

En este aspecto es relevante remitir a la continuación de las ideas de Robert Alexy respecto a las posibilidades de trascendencia de la pretensión de corrección en el derecho vigente; esto es

el nivel de trascendencia o cambio que genera una decisión judicial correcta en el sistema de derecho positivo. El jurista alemán plantea que la pretensión de corrección puede ser i) clasificadora, en cuanto la decisión implica la invalidez de una norma y ii) calificadora, en cuanto la decisión predica un defecto de una norma (Alexy, 2008).

Esta diferencia no es menor, por cuanto refleja el carácter mixto de nuestro sistema constitucional, respecto a la relación entre derecho y moral y su aplicación a través de los fallos judiciales. Como se relató con anterioridad, en Colombia las decisiones de la Corte Constitucional que resuelven una demanda de constitucionalidad se zanan al determinar la exequilibridad (en estricto sentido o condicionada) o inexequilibridad de una norma, que es otra forma de hacer referencia a la validez o invalidez de la misma, respectivamente; de otra parte, la misma Corte Constitucional, como órgano de cierre, integración y unidad del sistema, realiza una revisión de las acciones de tutela de los jueces de menor jerarquía, con el fin de analizar si es acertado el criterio del juez ante la posible vulneración de un derecho fundamental o si se realizó una ponderación correcta entre dos garantías ius-fundamentales, lo cual no genera en ningún momento la invalidez de ninguna norma, sino su valoración como defectuosa o inapropiada en relación a los hechos que motivaron la acción de tutela.

Así las cosas, en Colombia se practican las dos formas de relación entre el derecho y moral: la clasificadora cuando aceptamos el control de constitucionalidad basados en el concepto público de justicia y la calificadora cuando decidimos que la corrección, según señala Alexy, implica hacer una subsunción o ponderación que no resulte en la invalidez de las normas en disputa, sino simplemente su calificación como correctas o incorrectas de acuerdo al caso concreto.

Capítulo IV

Desconcentración del discurso jurídico y la razón práctica; argumentos para la extensión del deber de corrección

Con los capítulos anteriores se ha demostrado que la teoría jurídica contemporánea delega a los jueces como los grandes y principales agentes del sistema jurídico. Sin embargo, (Betegón, 1998) al hacer una lectura de Alexy indica que todos los participantes de un sistema jurídico tienen necesariamente una pretensión de corrección; lo que permite realizar una apertura de esa pretensión de corrección a otros funcionarios públicos que tienen cumplen la tarea de tomar decisiones en derecho que llegan a afectar las garantías fundamentales de los ciudadanos.

Por lo mismo, en el presente capítulo se pretende sustentar esa ampliación del deber de corrección a otros funcionarios públicos al establecer una conexión a partir del lenguaje, se expondrá un ejemplo de un funcionario al que puede ser extendido ese deber de corrección y las respectivas razones por las cuales resulta necesario extender ese deber corrección del que se ha hablado a lo largo de la investigación.

4.1. Las reglas del discurso jurídico: razón práctica y decisiones judiciales

Algo en común que comparten los funcionarios dentro del campo jurídico es el lenguaje, el cual configura todo un discurso propio de los agentes del derecho; este elemento es la base para determinar la extensión de la corrección. Habermas dice que quien emite un juicio de valor, plantea un deber de corrección (Betegón, 1998). A pesar de que la corrección del derecho está concentrada en los jueces, esto conlleva a que también otros funcionarios públicos emiten juicios de valor a través de sus resoluciones o decisiones administrativas que resuelven los problemas o procesos que tienen a cargo; en la sustentación de sus afirmaciones entran en el campo de la argumentación

y comprometen reglas del discurso. Pero más que por producción de juicios de valor, la investigación se preocupa por la forma y el fundamento de las aseveraciones que sirven de sustento a un documento público resolutivo distinto a las sentencias judiciales; estas deben respetar ciertas normas discursivas (de contenido y de método)¹⁵ para que la solución y sus fundamentos sean razonables.

De forma que la pretensión de corrección, constitutivamente incorporada a los actos de habla regulativos, no solo representa una condición de éxito de éstos; también una condición del propio juego del lenguaje, de las reglas que están en la base de los actos de habla (Betegón, 1998 , pág. 175)

Como se ha reiterado desde capítulos anteriores la pretensión de corrección lleva consigo una conexión innegable entre derecho y moral, para llegar a una corrección e integridad de todo el sistema jurídico debe existir justificación, argumentos y emitir juicios de valor por parte de sus funcionarios para resolver casos en específicos que se supone están guiados por mínimos de justicia y de coherencia sistémica. El profesor Ernesto (Garzón Valdes, 1990) afirma que resultaría contradictorio si funcionarios públicos llegasen a desconocer el papel que juega la moral política constitucional para validar y legitimar las normas. Es decir, quien expone determinados argumentos pretende que su fundamentación sea correcta y sus afirmaciones acertadas; lo que ha demostrado el desarrollo teórico de la investigación es que el criterio de corrección debe ser el

¹⁵ Las normas discursivas de contenido hacen referencia a la interpretación vertical de los principios y derechos fundamentales que hace la Corte Constitucional como garante de la Constitución Política; mientras las de método aluden al proceso racional o razonable que se debe seguir para obtener una decisión ecuaníme y justa en una eventual colisión de principios y derechos fundamentales.

contenido axiológico de la Constitución y de las interpretaciones que hace de este el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, (Alexy, 2005) plantea el discurso jurídico como marco para llegar a una respuesta correcta (según el caso y el peso específico de principios en colisión) a partir de la razón práctica, con esto se refiere a tomar las reglas del discurso para corregir el derecho, que sea el resultado de un proceso racional pero que de igual forma llegue al escenario práctico de la decisión judicial (Sterling, 2013). En el caso de los jueces, como lo expuso Ferrajoli, la razón teórica y práctica es una fuente de legitimación inherente al ejercicio judicial, pues a los togados se les atribuye el conocimiento y el saber para la interpretación adecuada del derecho; ese aspecto cognoscitivo está en ellos, pero además incide a nivel práctico porque afecta la vida de alguna persona bien sea al limitar derechos fundamentales como la libertad o al decidir sobre la constitucionalidad de una norma.

Ahora bien, si otros funcionarios públicos no conocen las reglas del discurso jurídico, ¿cómo pueden ejercer y aplicar el deber de corrección en tareas y decisiones que involucren la eventual afectación de derechos fundamentales? Una concentración del discurso en los jueces mantiene la integridad de forma vertical, pero no permite a los demás funcionarios el conocimiento de las herramientas conceptuales y razonables para propagar la corrección. De modo que la pregunta que surge es ¿qué pasa con el nivel cognoscitivo con que deben contar los demás funcionarios públicos que tiene funciones similares a las jurisdiccionales? El conocimiento específico del derecho en términos discursivos y de razón práctica determina la corrección del sistema. La cuestión de la formación cognoscitiva de funcionarios públicos con labores de carácter sancionatorio o disciplinario, que eventualmente contraríen o desconozcan la moral-política

constitucional, es de vital importancia para la teoría y la práctica del derecho en función de la coherencia sistémica.

La tridivisión del poder público como principio inamovible genera un problemático recelo entre las distintas ramas del Estado, por lo cual estas preguntas se presentan como un predicamento difícil de afrontar y pensar desde la academia. En el caso colombiano, el legislativo, el ejecutivo y los organismos de control alegan que imponer ese criterio de corrección, creado por la jurisprudencia emitida por los altos organismos del judicial, significaría una afrenta contra la independencia de cada poder público. A pesar de este reparo, la presente investigación considera que la integridad del sistema jurídico es una prioridad que debe ir más allá de los intereses del poder político, legislativo o de los organismos de control.

El diagnóstico teórico contemporáneo presenta un claro interés en la superación de las doctrinas opuestas del iusnaturalismo y el iuspositivismo para crear un nuevo horizonte como alternativa; la propuesta incluye una relación entre moral, derecho y política, en la que el orden es expresión de la jerarquía: i) la moral como cúspide del sistema, derivada de los derechos humanos y de los principios constitucionales liberales y democráticos, ii) el derecho como medio de racionalidad y razonabilidad para la aplicación judicial de la corrección del sistema jurídico y iii) la política como institucionalidad, organización política y electoral y marco formal de la participación democrática.

En este contexto, acogido fielmente por el orden jurídico colombiano, especialmente por las sentencias de la Corte Constitucional, es imperativa la formación cognoscitiva de los funcionarios públicos en términos de razón práctica, con el fin de que el discurso jurídico y la pretensión de corrección no se concentren exclusivamente en los jueces y en las altas cortes; de

esa forma, los funcionarios tendrían claridad sobre el funcionamiento de los conceptos y herramientas de la hermenéutica constitucional y los elementos de conocimiento suficiente para establecer sus decisiones administrativas o políticas y para, en caso de desacuerdo, argumentar de manera suficiente un apartamiento de la jurisprudencia constitucional.

4.2. Extensión del deber de corrección: ¿limitada o completa?

A pesar de que la investigación se encamina a sustentar la extensión del deber de corrección, deben analizarse con cuidado las consecuencias de una propagación sin límites de dicha pretensión. En primer lugar hay que tener en cuenta el argumento jerárquico a nivel institucional, el cual no se puede desconocer a menos que se reforme estructuralmente el sistema jurídico-político colombiano. En segundo lugar se debe pensar si una extensión total del deber de corrección sería contraproducente para la integridad del sistema. En tercer lugar, es menester estudiar la pregunta acerca de cuáles serían los funcionarios a los que se les debe extender el deber de corrección.

Inicialmente se debe recordar uno de los elementos que sustenta la concentración del deber de corrección en los jueces: el sistema constitucional colombiano se basa en la legitimidad y accionar contramayoritario del poder judicial, en cuanto se guía por elementos constitucionales que no son disponibles frente a las decisiones de las mayorías democráticas. Como se ha mencionado, (Ferrajoli, 2002) expone que el conjunto de garantías ius-fundamentales hacen parte de lo que denomina “esfera de lo indecible”; por esta razón los jueces de rango medio y bajo deben guiarse por la razón práctica consignada en el discurso jurídico constitucional y jurisprudencial, mientras que las altas cortes se encargan de ejercer el control de dicho discurso, de las reglas, de su contenido y de los métodos para la interpretación y aplicación del derecho.

En este sentido es ineludible el argumento de la jerarquía para rechazar la extensión de la corrección: es innegable que la concentración del discurso jurídico en las decisiones de la Corte Constitucional tiene una influencia que va más allá de los jueces, pues irradia en distintas áreas jurídicas y de los demás poderes públicos, a través del fenómeno de la constitucionalización del derecho e incluso de las instituciones políticas. Según el argumento referido se podría pensar que una consecuencia de la extensión del deber de corrección sería romper las jerarquías que mantienen la coherencia y la unidad del sistema; podría significar el empoderamiento de los funcionarios públicos para desacatar las decisiones de la Corte y crear su propio criterio.

Mantener el criterio de jerarquía es una cuestión que depende de la modificación del sistema jurídico-político colombiano. Por ahora parece justo que se mantenga en aras de hacer congruente la propuesta de extensión del deber de corrección con la verticalidad del fenómeno de constitucionalización y coherencia del derecho; por esa razón sustentaremos el deber de corrección respecto a funcionarios de mayor jerarquía en las ramas del poder público o de órganos de control. No obstante, esto no quiere decir que la investigación acepte los temores reseñados en el párrafo anterior: el hecho de que se desconcentre el discurso jurídico y se le otorguen los elementos conceptuales, teóricos y prácticos a otros funcionarios públicos no generaría una desestabilización del sistema, sino una mayor integridad a la hora de establecer las discusiones jurídicas entre las diversas instituciones. Las limitaciones del sistema jurídico constitucional colombiano llevan a restringir las conclusiones, lo que no quiere decir que se dé la razón a la idea vertical de la constitucionalización del derecho, sino que se propone una extensión limitada en lo inmediato pero progresiva a largo plazo.

Por último, el cuestionamiento que define la parte conclusiva de la presente investigación consiste en cuáles serían los funcionarios a los que debería extenderse el deber de corrección,

entendiendo que serían altos mandos institucionales. El espectro de posibilidades se reduce, en tanto el legislativo, el ejecutivo y los organismos de control incluyen una baraja corta de funcionarios. Para resolver este problema, la investigación plantea un argumento inmediato y otro a largo plazo: el primero reza que es necesaria la extensión del deber de corrección de todo funcionario de alto rango que dentro de sus labores ejerza poder discrecional sancionatorio o disciplinario y que a su vez tenga bajo su tutela el deber de garantizar un debido proceso a los investigados y sancionados y el segundo manifiesta la necesidad de ampliar la perspectiva vertical de la constitucionalidad y establecer un principio de progresividad en la extensión del deber de corrección para establecer un debate inter-institucional en términos morales-políticos y con un enfoque horizontal.

Para los efectos de lo que a continuidad se trata, se tomará en cuenta el primer argumento, dado que es el que requiere de justificación ante su implementación inminente. Esto reduce las posibilidades a la Contraloría General de la República, al Ministerio Público en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y la controvertida y cuestionada Comisión de Acusaciones. Con miras a utilizar el desarrollo de los objetivos planteados, usaremos la Procuraduría como institución que cumple con el primer argumento expuesto y que abre la puerta a la extensión horizontal del deber de corrección a las entidades y funcionarios de menor jerarquía adscritos al Ministerio Público.

4.3. Caracterización general de las funciones del Procurador y de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación es una institución que fue introducida a la institucionalidad colombiana en la Constitución de 1930 y actualmente se trata del máximo

organismo del Ministerio Público junto con la Defensoría del Pueblo y las Personerías regionales. Es un órgano de control autónomo, no pertenece a ninguna de las tres ramas de poder público, lo cual implica independencia administrativa, financiera y presupuestal. Dentro de la Constitución Política de 1991, se establecen las siguientes funciones:

ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo. 3. Defender los intereses de la sociedad. 4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente. 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley. 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. 8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso. 9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria. 10. Las demás que determine la ley. Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al

funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo. 2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial. 3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia. 4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes. 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad. 6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. (Const, 1991, Art 277- 278)

Además de las anteriores funciones, a través del decreto 262 de 2000 se reglamenta todo lo relacionado a la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público. Es posible resumir que hay funciones netamente administrativas como las que versan sobre el deber de rendir informes o conceptos. Pero también hay funciones de alta importancia que llegan a afectar derechos de los ciudadanos como las de investigar, sancionar, intervenir y prevenir irregularidades en el ámbito público: defender los intereses de la nación, salvaguardar derechos humanos y ejercer acción disciplinaria frente a otros servidores públicos.

Es menester advertir que las decisiones y resoluciones expedidas por el Procurador General no cuentan con un control de constitucionalidad directo; es cierto que pueden ser sometidas a un control judicial, pero se mantienen al margen del control de constitucionalidad, en gran parte al

aceptarse que sus funciones generales ya le exigen (de manera directa) el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos y el criterio jurisprudencial y sistemático emitido por la Corte Constitucional. De otra parte, paradójicamente, es la Procuraduría la que debe rendir conceptos en los procesos de control de constitucionalidad, como está descrito en el numeral quinto del artículo 278 de la constitución.

Al realizar la revisión de las funciones de la Procuraduría se puede dar cuenta de un elemento especial, adicional al argumento presentado en el acápite anterior: se presupone un acatamiento de la moral-política constitucional por parte del Procurador, más no se establecen mecanismos para que las acciones y sanciones que lleva a cabo la Procuraduría estén sometidas a un deber de corrección implícito al ejercicio público que desempeña el Procurador, con el fin de evitar que sus determinaciones atenten contra los derechos fundamentales o que contraríen las decisiones del Tribunal Constitucional de Colombia.

El hecho de que no exista un deber de corrección como el que se le endilga a los jueces, rompe con la pretendida integridad del sistema jurídico, pues por un lado están los jueces tomando decisiones coherentes a los principios y valores constitucionales, pero por otra parte se puede desconocer la unidad del derecho y el orden constitucional establecido si la institución se aparta o desconoce los fallos en nombre de la literalidad de la Constitución o por beneficiar un sistema moral particular, por poner algunos ejemplos. Por otra parte, la extensión de la obligación de corregir el derecho adquiere una importancia mayor en cuanto se recuerda que la Procuraduría tiene a cargo i) procesos disciplinarios, en los cuales se realiza un trámite que desemboca en un archivo o en una sanción para al servidor público cuestionado, y ii) la protección y garantía de los derechos ciudadanos, cuya interpretación jerárquica está a cargo de la Corte Constitucional ; es impensado que una entidad que integra el sistema jurídico colombiano y que desempeña labores

tan relevantes, se pueda mantener al margen del deber de corrección, con la excusa de la independencia de los poderes o de los organismos de control.

En conclusión, si se acepta que la corrección del derecho debe mantenerse concentrada en los jueces, puede significar la ruptura de la ansiada integridad sistémica. Las grietas generadas pueden dar lugar a arbitrariedades que desconozcan la interpretación de la Corte Constitucional; si bien es cierto que el sistema judicial permite revertir las situaciones contrarias a la moral-política constitucional, no deja de ser una fractura de la pretendida integridad del sistema. Una institución como la Procuraduría General de la Nación, dada su jerarquía y relevancia ciudadana y social, debería estar atada a un criterio estatal y constitucional, con el fin de que sus decisiones autónomas en derecho deban pasar por el tamiz de la corrección sistémica.

4.4. Argumentos para la extensión (limitada y jerárquica) del deber de corrección

El ejemplo de la extensión del deber de corrección a una institución como la Procuraduría General de la Nación, se basa en que su quehacer disciplinario puede desembocar en una posible vulneración de derechos fundamentales; a la vez que en el control de la protección que ejerce la Procuraduría como entidad defensora de los derechos de los ciudadanos. Conceder que la cabeza del Ministerio Público se mantenga al margen de la corrección del derecho significa una pérdida de coherencia, que desemboca en equivocaciones y contradicciones con la moral política constitucional. En ese sentido, es imperativa la justificación de la extensión del deber de corrección, que de manera precisa se puede establecer a partir de los siguientes argumentos:

- i) El propósito de integridad del sistema jurídico no puede estar limitado al quehacer de los jueces. Debe considerarse la extensión del deber de corrección debido a que autoridades públicas, con funciones disciplinarias o sancionatorias de mayor rango, pueden

incurrir en errores o incorrecciones del derecho, sin que eso represente falta alguna, pues no se les exige un criterio de argumentación o razonabilidad a la hora de justificar sus decisiones, que va más allá del mero sustento legal de una resolución o sanción disciplinaria. En otras palabras, el criterio que se les exige actualmente para la fundamentación de sus decisiones está limitado y restringido al ámbito del derecho positivo y de la validez del derecho; por lo cual la investigación advierte que es necesario que en las determinaciones sean sustentadas a partir de un criterio de razonabilidad, que evite la vulneración de derechos fundamentales, garantice el debido proceso y garantice la el cierre y la coherencia sistémica.

ii) Tal y como se formula, el deber de corrección limitado, que recae en los jueces, crea un lenguaje exclusivo de los funcionarios judiciales, que impide a otros funcionarios afrontar una eventual extensión de la obligación de corrección. Son inadmisibles ambas vías: i) que se perpetúe la concentración de la pretensión de corrección en las autoridades jurisdiccionales y ii) que se extienda sin que antes haya una debida formación jurídico-constitucional para que los funcionarios públicos adquieran las competencias suficientes para cerrar el sistema en función de las garantías constitucionales.

iii) Si la pretensión de corrección es extendida a otros funcionarios públicos, se evita el choque entre entes de control, altas cortes y órgano legislativo respecto a cuestiones mínimas del contenido moral-político de la Constitución. Es innegable que existen pugnas y rencillas entre las autoridades mencionadas respecto a la cuestión de la corrección del derecho, pues se piensa que la concentración del poder decisorio en la Corte Constitucional

es una imposición ante los demás entes públicos. No obstante, la investigación ha arrojado que este temor puede verse solucionado si se aceptan unos mínimos para la argumentación y la interpretación de derechos fundamentales que no pueden desconocerse. Esto evita que la Corte varíe ostensiblemente su jurisprudencia y que el Congreso y estimula que los entes de control acaten la interpretación constitucional correcta (en función de un criterio de razonabilidad) por comprensión del discurso y de su método y no por simple imposición. En los casos donde tengan facultades sancionatorias y disciplinarias, como el caso de la Comisión de Acusaciones o de la Procuraduría General de la Nación, se hace más relevante la extensión, pues significa una garantía para la consolidación de la unidad del derecho. En todo caso, llegar a este consenso de mínimos significa la protección de los investigados frente a un rasero judicial legal y positivista y augura la certeza de que se tendrá en cuenta el criterio de razonabilidad explicado a lo largo de la presente indagación.

iv) Es posible que la extensión del deber de corrección pueda verse como una limitación a la independencia de cada poder público. En ese sentido, la investigación permite inferir que en los sistemas constitucionales contemporáneos se debe reevaluar la relevancia de la tridivisión del poder público, no porque esta debe ser obviada o eliminada, sino porque no puede verse como un principio inamovible. Si se quiere garantizar la integridad y coherencia del derecho, es necesario reducir la importancia de la independencia de los poderes en función de garantizar la integridad, unidad o coherencia de todas las decisiones públicas (en cuanto a unos mínimos razonables y argumentativos). De tal suerte que los funcionarios públicos estarían abocados a ejercer una corrección del derecho basados en los criterios interpretativos de la jurisprudencia y de la constitución

como fuentes del derecho; esto no desconoce la distinción funcional entre los servidores de cada rama, sino que fortalece la coherencia moral-política que debe tenerse en cuenta para evitar decisiones que desconozcan el carácter sustancial y hermenéutico de los derechos constitucionales.

Conclusiones

Una vez agotados los objetivos planteados y expuestos los argumentos que a juicio de los investigadores sustentan la extensión del deber de corrección, es menester recopilar unas breves aseveraciones e ideas que sinteticen de manera más clara el cometido de la investigación: aportar al escenario teórico y filosófico del derecho en función de un pensamiento holístico e integral del fenómeno jurídico. El propósito de la indagación se cumple en cuanto a que, al contrario que un trabajo empírico o de campo, la investigación filosófico-teórica propende por la creación de nuevo conocimiento a nivel abstracto y de ideas alternativas que generan mayores alternativas para los profundos debates académicos y jurídico-constitucionales que requiere el país.

A nivel abstracto y como respuesta al objetivo general de investigación, es posible aseverar que la extensión del deber de corrección está justificada en razón a la consolidación de un concepto público de justicia, que fortalece la protección y cumplimiento de la esfera de lo indescible; en este sentido, la propagación de la obligación de corrección responde a la intención de dar mayor razonabilidad y solidez argumentativa a las resoluciones administrativas, disciplinarias o sancionatorias de funcionarios públicos distintos a los jueces, con el propósito de evitar que estas obedezcan a intereses particulares o morales privadas.

En cuanto a la revisión del desarrollo de los objetivos específicos, las aseveraciones que concretizan el ejercicio de investigación son las siguientes:

- 1) En los últimos años se ha producido una ruptura del sistema tradicional de fuentes del derecho, a favor de un conjunto de fuentes no jerarquizado, donde la jurisprudencia y la Constitución pasan a tener una mayor importancia. El desarrollo progresivo del precedente jurisprudencial y de su obligatoriedad, dan paso a una concepción de unidad del

derecho a partir de una creación racional que recae en los jueces (como aplicadores e intérpretes).

2) A partir de la idea de integridad del derecho, surge la construcción de una relación necesaria entre derecho y moral. Los principios constitucionales y derechos fundamentales (derivados de los Derechos Humanos Universales) se convierten en el criterio moral-político para el cierre sistémico; lo cual obliga a los jueces a garantizar la pretensión de corrección (general) a través de un deber de corregir el derecho cuando sea necesario (específico): esto se produce en dos niveles, respecto a todos los togados como jueces de tutela y respecto a los magistrados de la Corte Constitucional como guardianes del criterio moral-político de la Constitución.

3) La pretensión de corrección recae de manera exclusiva en los jueces, lo cual genera una exclusión de los otros funcionarios públicos del deber de corregir del derecho. Esto se ve reflejado al abordar el estudio de la justicia constitucional, el problema de la discrecionalidad y de la legitimación de los jueces, como forma de evidenciar que la labor de dar coherencia al sistema jurídico recae en los jueces, quienes deben usar la razonabilidad (moral-política) y la argumentación (argumentos práctico-generales) para sustentar sus decisiones.

4) Es inadmisibles una concentración del discurso jurídico y de la razón práctica en los jueces; si se quiere una integridad real del derecho, es necesaria una extensión del deber de corrección a otros servidores públicos. Teniendo en cuenta las limitaciones y vigencia del sistema jurídico-constitucional actual, a la hora de ponderar la importancia de la independencia de los funcionarios contra la coherencia sistémica, no es posible que exista

una propagación ilimitada del deber de corrección, pues en un sistema de tridivisión de poderes fuerte, y con organismos de control autónomos, no es posible desconocer el argumento de jerarquía de las cabezas visibles de cada ámbito del poder público. Así las cosas, la obligación de corrección debe ser ampliada a funcionarios de alto rango en el asunto que desempeñan y que ejerzan poder discrecional sancionatorio o disciplinario y que tengan bajo su tutela el deber de garantizar un debido proceso a los investigados. En ese sentido, se afirma que el deber de corrección debe ser extendido a la Procuraduría General de la Nación, que cumple con el argumento expuesto, y además tiene el deber de defender los derechos de los ciudadanos. El caso presentado sirve de ejemplo para explicar las razones por las cuales se hace necesaria la extensión del deber de corrección: realizar la unidad e integridad del derecho, garantizar el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la moral-política constitucional, superar los enfrentamientos entre los diversos poderes públicos a través del reconocimiento de la interpretación del Tribunal Constitucional colombiano como criterio razonable y holístico en materia de garantías ius-fundamentales.

Una vez expuestas las anteriores conclusiones, la que a continuación se expone resulta ser una de las más importantes de la presente investigación ya que contiene ese valor propositivo; que además de responder la pregunta de general de investigación, también permite resolver una de las preguntas conclusivas que se formuló en el desarrollo del último capítulo: en relación a los funcionarios públicos de alta jerarquía que cumplan los argumentos ya expuestos ¿cómo pueden ejercer y aplicar el deber de corrección en labores que involucren la eventual afectación de derechos fundamentales? Para ello se plantean las siguientes propuestas:

1. Pedagogía. Se trata de cuestionar de principio a fin la forma en cómo se están formando los funcionarios públicos en Colombia. Actualmente desde que inician su proceso de formación como profesionales en facultades universitarias se les educa para aplicar el derecho tal como está establecido, haciendo a un lado la reflexión por aspectos axiológicos necesarios a la hora de aplicar el sistema jurídico. Como a estos funcionarios se les va a endilgar la aplicación del deber de corrección en sus decisiones; es necesario que sean formados para adquirir las competencias jurídico-constitucionales que desconcentren el deber de corrección y realicen de forma completa la coherencia del derecho. La investigación sugiere la implementación de una serie de cátedras que brinden las herramientas conceptuales, epistemológicas y argumentativas para que los funcionarios referidos puedan sustentar sus resoluciones en igualdad de condiciones con los jueces, siempre en el marco de un acuerdo de mínimos que reconozca la superioridad de la razonabilidad frente al mero escrutinio racional y de validez. Dichas capacitaciones deben ser financiadas y costeadas por el Estado, ya que representa una importancia crucial en el afianzamiento del Estado Constitucional y sus propósitos fundamentales.
2. Recurso de revisión constitucional: La investigación propone la creación de un recurso especial con el propósito de realizar un control constitucional directo a las decisiones de los funcionarios que llegasen a romper con la integridad del sistema jurídico. De tal modo que lo que se sugiere es que dentro de los mismos procesos que llegasen a llevar las entidades públicas distintas a los jueces se pueda acudir a este recurso para que la solicitud sea estudiada por la Corte Constitucional y esta se encargue bien sea de revocar y corregir o simplemente le dé la orden

rectificar su decisión y aplicar el deber de corrección al funcionario en cuestión, en relación a los hechos o decisiones que afecten efectivamente las garantías fundamentales.

Finalmente una de las conclusiones de todo el proceso investigativo es que este trabajo de grado resulta ser la base de una investigación mucho más compleja que podría llegar a ser desarrollado a través de un trabajo de campo donde se estudien a fondo las decisiones de los funcionarios públicos funciones similares a las jurisdiccionales y se puedan incluir en el estudio más funcionarios como las personerías, las superintendencias, las defensorías del pueblo e incluso notarios, entre otros. Además como parte de esa segunda gran investigación también se podrían empezar a ver cómo se implementarían las propuestas que han planteado en la conclusión anterior para de este modo llevar la presente investigación que estuvo en plano teórico a un plano práctico.

Por otra parte, como parte de una evaluación autocrítica de la presente disertación, se pueden revisar alternativas críticas de las teorías con las que se sustentó la presente investigación. Es decir, llegar a sustentar una antítesis de lo planteado a través de estudios y teorías críticas que podrían ser pertinentes para una lectura holística, multidisciplinaria y pluricultural del sistema jurídico colombiano, en relación con el contexto social, cultural y político; sería una apuesta por superar las barreras epistemológicas entre el derecho y los demás saberes humanos y requiere una lectura más compleja y propia frente al carácter eurocéntrico de las teorías y argumentos en los que la indagación se basó.

Referencias

- Aguiló Regla, J. (2009). Fuentes del derecho y normas de origen judicial. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 447-470.
- Aguiló Regla, J. (2012). *Teoría de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- Alexy, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Arango, R. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Atienza, M. (2013). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betegón, J. (1998). Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección . *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* , 171- 192 .
- Calsamiglia, A. (1992). El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 12. ISSN 0214-8876, 155-176.
- Carbonell, F. (2015). Sobre la idea de decisión judicial correcta. *Paper Seminario Permanente Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia*, 1-27.
- Carrió, G. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Constitución Política de Colombia* . (1991). Legis.

Corral Talciani, H. (2004). Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado. *Derecho Mayor*, 43-63.

De Fazio, F. (2013). La enseñanza del derecho en los Estados Constitucionales. *Academia-Revista sobre enseñanza del derecho*, 197-213.

De Miranda, T. (1993). La teoría de las fuentes del derecho en Kelsen y su concepto democrático del Estado. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 538-551.

Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.

Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Etcheverry, J. (2015). Discrecionalidad judicial. En J. L. Fabra, V. Rodríguez, & (Editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (págs. 1389-1418). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ferrajoli, L. (2001). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1135-1145.

Ferrajoli, L. (2010). Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. *Reforma judicial. Revista Mexicana de justicia*, 3-18.

Frank, J. (1968). *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

- Gaido, P. (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy-Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Villegas, M. (2003). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Precedente - Universidad ICESI Cali*, 97-124.
- Garzón Valdes, E. (1990). Algo más acerca de la relación entre derecho y moral. *DOXA #8*, 119-130.
- Gaviria, C. (1992). *Temas de introducción al derecho*. Medellín, Colombia: Señal Editora.
- Hart, H. (2012). *El concepto de derecho*. (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kantorowicz, H. (1949). *La ciencia del derecho*. Buenos aires: Losada.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Monroy Cabra, M. G. (2005). El concepto de constitución. En F. K. Adenauer, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 13-42). Bogotá: Konrad Adenauer.
- Morelli, M. (2005). Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 69-100.
- Ortíz Triviño, R. (2006). Los juicios de Nuremberg: 60 años después. *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. Número 2*, 35-53.
- Peces-Barba, G. (2006). *La constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Plazas Vega, M. (2009). *Del realismo al trialismo jurídico*. Bogotá: Temis.

- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica.
- Roa, J. E. (2015). El Modelo de Constitucionalismo débil y la Legitimidad de la Justicia Constitucional en Colombia. *Serie Documentos de Trabajo #40 Departamento de Derecho Constitucional*, 1-21.
- Roa, J. E. (2015). La justicia constitucional en América Latina. *Serie Documentos de Trabajo #34 Departamento Derecho Constitucional*, 1-31.
- Rodríguez Garavito, C. (1997). *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del derecho*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Segura Ortega, M. (1993). Kantorowickz y la renovación jurídica. *Dereito. Vol II N-2*, 113-130.
- Sófocles. (2001). *Antígona*. Chile: Pehuen Editores.
- Sterling, J. P. (2013). Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad judicial. En P. Grandéz, *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional* (págs. 139-159). Lima: Palestra Editores.
- Suárez, W. Y. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Universitas*, 317-351.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Revista Precedente ICESI Cali*, 85-99.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado #20*, 73-96.

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Fuentes legales y jurisprudenciales

Código administrativo y de lo contencioso administrativo (18 de enero de 2011) Ley 1437 de 2011.

Artículo 10.

Código Civil Colombiano (fecha) Ley 57 de 1887. Artículo 17.

Constitución política de Colombia (9 de julio de 1991) Artículo 230- 277- 278. 2da edición, Legis.

Congreso de Colombia (15 de agosto de 1887) Artículo 4. Ley por la cual se adiciona y reforma códigos nacionales (Ley 153 de 1887) DO: 7.151 y 7.152.

Congreso de Colombia (9 de noviembre de 1991) Artículo 37. Por el cual se reglamenta la acción de tutela (Decreto 2591 de 1991). DO: 40.165.

Corte Constitucional, (24 de agosto de 2011) Sentencia C- 634-11. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, (6 de julio de 2011) Sentencia C- 539-11. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, (9 de agosto de 2001) Sentencia C- 836-11. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, (30 de septiembre de 2015) Sentencia C- 621-15. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, (4 de febrero de 2003) Auto 015-03. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.