

“INTERPRETAR”: ¿APLICAR O CREAR DERECHO?
ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PRIVADO
[“Interpretation”: Applying or Creating Law? Analysis From the Perspective
of Private Law”]

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA*
Universidad del Rosario, Colombia

RESUMEN

La interpretación de las normas jurídicas, para ser utilizadas en la solución de los casos puestos en conocimiento del juez, es un tema que siempre ha fascinado a la doctrina. Sin embargo, muchas de las construcciones teóricas elaboradas para explicarla no sólo parecen encontrarse completamente alejadas de la actividad que realizan los jueces de carne y hueso en el día a día del ejercicio de sus labores, sino que, además, están elaboradas en un lenguaje abstruso y vaporoso que mal podría comparecerse con la práctica del Derecho. El objetivo de este ensayo es tratar de precisar de forma clara y concisa los parámetros que establece el Derecho privado para la interpretación judicial de las normas, resaltando las amplias facultades de las que disponen los jueces, pero, sin dejar de lado los límites que deben respetar.

ABSTRACT

The interpretation of legal rules, used to solve cases heard before a Judge, is a topic that has always fascinated the doctrine. However, many of the theoretical constructions that explain this aspect not only seem to be remote from the activity that real judges usually carry out in the exercise of the duties, but also use an unintelligible and superficial language that would hardly relate to the practice of Law. The objective of this essay is to clearly and accurately precise the parameters established by Private Law for the legal interpretation of the rules, emphasizing the ample faculties that Judges have, but without disregarding the limits they have to respect.

KEYWORDS: Interpretation – Application of regulations – Creation of regulations – Gaps – Analogy – Pro-

* Profesor de la Universidad del Rosario (Colombia). Árbitro y abogado consultor. Agradezco especialmente a Patrick Barros Ortiz por la invaluable colaboración que me prestó en la revisión de este artículo.

PALABRAS CLAVE: Interpretación – Aplicación de Normas – Creación de Normas – Lagunas – Analogía – Ordenación de Normas – Contradicciones – Redundancias. vision of regulations – Contradictions – Redundancy.

I. INTRODUCCIÓN**

La interpretación del Derecho es un tema que ha fascinado a los juristas de todas las épocas¹. Mucha es la tinta que ha hecho correr y muchas son las discusiones que ha avivado. Sin embargo, si hacemos el ejercicio de observar cómo se utiliza el verbo “interpretar”, nos percataremos de que todos tenemos una idea más o menos clara de la actividad que despliega el sujeto que realiza la acción.

En efecto, si se trata de un juez, éste debe cotejar los hechos, presentados y probados en el proceso, con los supuestos de hecho de los textos normativos con el fin de aplicar la sanción correspondiente.

Si se trata de un abogado, éste se esforzará por presentar al juez las normas jurídicas de manera que correspondan a los hechos aportados al proceso de forma tal que favorezcan los intereses de su cliente².

Ahora bien, todos sabemos perfectamente en qué consisten las actividades desplegadas por estos dos sujetos. Jueces y abogados reciben, más o menos, la misma formación universitaria, leen los mismos libros y se basan en los mismos textos normativos. Adicionalmente, en mayor o menor medida, todos tenemos acceso a los documentos que redactan. En pocas palabras, las acciones que realizan cuando decimos que “interpretan” no son, de ninguna manera, ocultas o misteriosas, sino que, muy

** A modo de lema, cito las siguientes palabra de COHEN, Morris R. *Introducción a la lógica* (traducción castellana de E. de Gortari, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1995), p. 119: “En realidad, el interés por la verdad no es tan grande como el que se tiene por la preservación de las creencias estimadas, a pesar de que éstas implican, en último extremo, ilusiones cuya agradabilidad es más o menos transitoria”.

¹ Véase al respecto: GÉNY, François, *Méthode d'interprétation* (Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932) ; y FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique* (Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, 2007).

² Consúltese: GIMENO PRESA, María Concepción, *Interpretación y Derecho. Análisis de la obra de Riccardo Guastini* (Bogotá, Externado de Colombia, 2001), pp. 102 s.

por el contrario, resultan fácilmente identificables³. Así las cosas, ¿por qué siguen discutiendo de forma tan acalorada los juristas sobre lo que significa “interpretar”?

Para proseguir con nuestro análisis dejemos de lado la actividad del abogado y centrémonos exclusivamente en la que realiza el juez con el fin de proferir decisiones obligatorias para ciertos individuos⁴.

Volvamos ahora a nuestra pregunta inicial: cuando los jueces interpretan, ¿aplican o crean Derecho?

Imaginemos a dos juristas de mediana edad que, entre café y tabaco, discuten el tema en una vieja cafetería junto al Palacio de Justicia de Bogotá⁵. Entonces dice uno: –Sostener que la labor del juez se limita a tomar, por un lado, las pretensiones de las partes y los hechos y, por el otro, los textos legales, para luego, de forma mecánica, transformarlos en decisiones, parece completamente alejado de la realidad o, al menos, de la realidad que yo veo todos los días en los tribunales. Responderá entonces el segundo: –¿Quieres decir que las decisiones judiciales dependen de los jueces y no de la ley? ¿Que la administración de justicia es una actividad que se realiza en medio de la anarquía y el caos? Su interlocutor argumenta así: –No hay que ponerlo en términos melodramáticos, colega, es sólo que resulta innegable que el Derecho lo crean los jueces mediante la práctica judicial. Sostener lo contrario sería mera necedad o, a lo sumo, ingenuidad. –De ninguna manera (responderá el otro), nuestro sistema jurídico es perfectamente cerrado y completo. La labor del juez sólo consiste en descubrir la norma aplicable al caso concreto. Ahora, cuando el caso es muy complejo, el mismo sistema le proporciona las herramientas de integración que le permiten encontrar la solución, sin inventarse nada nuevo. Ésta es, precisamente, la diferencia fundamental entre la creación de las normas, que le compete al legislador, y su aplicación, que corresponde a los jueces. Desconocer esta diferencia tan elemental sólo puede explicarse por una profunda ignorancia. –Bueno (argumentará el primero), habrá

³Una clara explicación de por qué el conflicto sobre la interpretación no se puede resumir en una cuestión meramente fáctica en: CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994), pp. 106 s.

⁴Sobre la noción de “intérpretes privilegiados”, véase: GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (traducción castellana de M. Carbonell y P. Salazar, Madrid, Trotta - UNAM, 2008), p. 43. Para precisar las diferencias entre la “interpretación operativa”, realizada por los órganos del Estado, y la “interpretación doctrinal”, consúltese: WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho* (traducción castellana de F. Ezquiaga y J. Igartua, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003), pp. 213 s.

⁵Este mismo ejercicio se puede recrear en un aula universitaria o en las páginas impresas de una publicación jurídica.

que aceptar, entonces, que el juez municipal, cuando se sienta en la silla de su despacho, se despoja de su naturaleza humana y se transforma en un “autómata aplicador de normas” o, más bien, en una “máquina de juzgar”. –Veo que tienes serios problemas para digerir el carácter técnico de la actividad judicial (responderá su compañero); ¿tú prefieres, tal vez, un “juez superhéroe” que crea y distribuye el Derecho, después de un trance de inspiración divina?

Ya en este punto, la discusión de nuestros dos personajes parece no tener retorno⁶ y, mientras tanto, aquel juez municipal, desde su despacho, continuará realizando su trabajo, sin preocuparse por estos temas que tanto parecen inquietar a sus antiguos compañeros de universidad.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia pretende explicar la situación de la siguiente manera: “*En últimas, habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la praxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el Derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no es menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales*”⁷.

Explicaciones como ésta resultan bastante obvias: el juez, con su sentencia, no altera el texto escrito de la ley, pero, le puede cambiar el significado a sus palabras⁸. Sin embargo, se preguntará el escéptico, ¿esto es aplicar o crear Derecho?

⁶ Un excelente análisis de las posiciones radicales de los formalistas y los realistas extremos en: CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3) pp. 62-72.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 17/05/1968. M. P. Fernando Hincapié Forero, G. J. CXXIV, Nos. 2297 a 2299, p. 160.

⁸ Después de realizar complejíssimos ejercicios de argumentación, cierta doctrina francesa contemporánea parece llegar a esta misma obvia conclusión. Véase, por ejemplo: TERRÉ, François. *Un juge créateur de droit? Non, merci!*, en *Archives de Philosophie du Droit 50: La création du droit par le juge* (Paris, Dalloz, 2007), pp. 305-311; y DEUMIER, Pascale. *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, en *Archives de Philosophie du Droit 50: La création du Droit par le juge* (Paris, Dalloz, 2007), pp. 49-76.

Personalmente, creo que debido a la gran vaguedad⁹ y ambigüedad¹⁰ de los vocablos que componen la pregunta, y de la pregunta en sí, ésta no puede responderse¹¹. Con el fin de aclarar un poco el origen de los desacuerdos que la cuestión suscita, haré algunas precisiones sobre las palabras del discurso (II), para luego analizar la actividad que se suele designar como “interpretación” (III).

II. PRECISIONES SOBRE LAS PALABRAS

1. Siempre que hablamos de interpretar el Derecho legislado, partimos del supuesto de su expresión en lenguaje escrito, es decir, en puntos y líneas a los cuales, mediante intencionalidad colectiva, se les atribuye una función simbólica¹². Así, pues, la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es

⁹ “Con esto quiero referirme al siguiente fenómeno: [...] el uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría en aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero hay otros que, a diferencia de los primeros y de los segundos, no están claramente ni incluidos ni excluidos [...] Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión”: CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 137.

¹⁰ “Los lenguajes naturales contienen expresiones ambiguas. Esto quiere decir que una misma palabra, en tanto fonema o grafismo, puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos. Quiere decir también que junto a los usos centrales de un vocablo hay extensiones metafóricas y figurativas”: CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 136.

¹¹ “Si una respuesta no puede expresarse, la pregunta que le corresponde tampoco puede expresarse. [...]. Si una pregunta puede llegar a plantearse, entonces también se le puede dar una respuesta”: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus* (traducción castellana de Luis M. Valdés Villanueva, Madrid, Tecnos, 2002), p. 274, proposición 6.5.

¹² “El rasgo del lenguaje esencial para la constitución de hechos institucionales es la existencia de mecanismos simbólicos, como las palabras, que, por convención, significan, o representan, o simbolizan algo que va más allá de ellos mismos. [...]. El lenguaje, según estoy utilizando aquí la noción, contiene esencialmente entidades que simbolizan; y en el lenguaje, a diferencia de los estados intencionales prelingüísticos, esas capacidades intencionales no son intrínsecas a las entidades, sino que le son impuestas por —o derivan de— la intencionalidad intrínseca de los humanos. Así, la sentencia ‘Estoy hambriento’ es parte del lenguaje porque tiene capacidades representatorias o simbólicas por convención. Pero la sensación real de hambre no es parte del lenguaje representa intrínsecamente sus condiciones de satisfacción. Ustedes no necesitan del lenguaje, ni de ninguna otra clase de convenciones, para sentirse hambrientos”: SEARLE, John. *La construcción de la realidad social* (traducción castellana de

establecida por seres humanos –representación convencional– y no existe, de ninguna manera, una relación necesaria entre esto y aquél¹³.

No podemos, entonces, descubrir, ni hallar los significados esenciales, verdaderos, naturales o intrínsecos de las expresiones lingüísticas, por la sencilla razón de que tales significados no existen: “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje” –afirma Wittgenstein¹⁴–; y añade: “Todo signo parece por sí solo muerto. ¿Qué es lo que le da vida? –Vive en el uso. ¿Contiene ahí el hálito vital?– ¿O es el uso su hálito?”¹⁵.

Así, pues, cuando se pretende descubrir el significado de una expresión del discurso jurídico, sólo se puede estar haciendo referencia a una de estas dos posibilidades: “[1] el significado que efectivamente quiso poner en la norma la autoridad que la sancionó; o [2] el significado que en contextos y situaciones semejantes le acuerda hoy el uso lingüístico preponderante, ya sea en la comunidad como un todo, ya en algún sector de ella a cuyos usos lingüísticos se atribuye un carácter privilegiado (por ejemplo, los jueces)”¹⁶.

Una vez aclarado lo anterior, podemos abordar el estudio del sustantivo “Derecho” [1.] y de los verbos “aplicar” [2] y “crear” [3].

Antoni Doménech, Barcelona, Paidós, 1997), p. 76 s.

¹³ Es más, hay muchas expresiones lingüísticas que no designan ninguna realidad. “Cuando decimos: ‘toda palabra del lenguaje designa algo’ todavía no se ha dicho con ello, por de pronto, absolutamente nada, a no ser que expliquemos exactamente qué distinción deseamos hacer. Bien pudiera ser que quisiéramos distinguir las palabras del lenguaje de palabras ‘sin significado’ como las que aparecen en los poemas de Lewis Carroll o de palabras como ‘ixuxú’ en algunas canciones”): WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas* (traducción castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Crítica, 1988), p. 29, proposición 13^a.

Véase también: SILVA ROMERO, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du Droit* (Paris, PUF, coll. Droit, éthique et société, 2002), pp. 78 a 80.

¹⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. cit. (n. 13), p. 61, proposición 43^a.

¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. cit. (n. 13), p. 309, proposición 432^a. Cfr. CRANE, Tim. *La mente mecánica. Introducción filosófica a mentes, máquinas y representación mental* (traducción castellana de Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 2008), pp. 51 s.: “[L]as palabras, igual que las imágenes, no representan en sí mismas (‘intrínsecamente’). Necesitan interpretación, necesitan una interpretación que se les asigne de alguna manera. ¿Cómo podemos explicar esto? La respuesta natural, pienso, es que la interpretación es algo que la mente concede a las palabras. Palabras e imágenes ganan las interpretaciones que tienen, y por lo tanto representan lo que representan, en virtud de los estados mentales de quienes las usan. Estos estados mentales son representaciones también. De manera que para comprender cabalmente la representación lingüística y pictórica tenemos que comprender la representación mental”.

¹⁶ CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3) p. 57.

2. La palabra “Derecho”, como la gran mayoría, tiene distintos significados¹⁷. Así, en el lenguaje ordinario, sirve para designar una dirección (“derecho queda la Plaza de Bolívar); una forma (“el obelisco está derecho”); una manera de comportarse (“Sebastián es un juez muy derecho”), etc.

Y, en este punto, el abogado riguroso refutará tajantemente: “cuando nosotros hablamos de Derecho nos referimos a una cosa que no tiene nada que ver con lo que usted menciona”. La verdad, no creo que el sustantivo “Derecho”, dentro del lenguaje jurídico, tenga un solo significado, totalmente claro. Analicemos unas cuantas frases como ejemplos¹⁸:

- i) El Derecho argentino es bastante similar al colombiano;
- ii) La sentencia determinó que es el tío Alejandro quien tiene derecho a la tutela del menor;
- iii) Mi amigo Francisco escribió un libro de Derecho;
- iv) Betty es profesora de Derecho;
- v) Como ciudadano libre, tengo derecho a ir adonde quiera;
- vi) Tatiana cedió su derecho de crédito;
- vii) Nicaragua alegó su derecho sobre la isla;
- viii) La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso tiene una Facultad de Derecho muy grande.
- viii) El Derecho exige gran dedicación.

¿Podemos decir que la palabra “Derecho” designa lo mismo en todas estas frases? Analicemos los ejemplos con más detalle: en la proposición i) parece referirse a las normas jurídicas de esos países, pero, también, podría ser el caso que hiciera referencia, más bien, a aquellas normas efectivamente aplicadas por los jueces o la administración pública¹⁹; en la frase vii) designa una pretensión elevada frente a una autoridad competente o, simplemente, alegada delante de las cámaras de televisión; mientras que en la proposición ii) el vocablo se refiere al reconocimiento, por parte de la autoridad, de toda una serie de prerrogativas denominadas “tutela”²⁰; en la frase iii) el libro no instaura normas, ni constituye prácticas, ni reivindica

¹⁷ “Con frecuencia, las palabras tienen más de un significado. Conviene distinguir entre homonimia y ambigüedad [...]. Mientras que la homonimia supone que una misma palabra está ligada a dos o más significados, la ambigüedad es el resultado que produce la homonimia en una comunicación concreta”: MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2009), p. 48.

¹⁸ Véase: CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3) pp. 136-137.

¹⁹ Un interesante análisis sobre el *Derecho normado* y el *Derecho practicado* en: NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica* (Madrid, Trotta, 2007), pp. 81-103.

²⁰ Sobre cómo las palabras del Derecho sirven para designar de forma sintética todo un haz de relaciones jurídicas, consúltese: ROSS, Alf. “*Tû-Tü*” (traducción al castellano de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976)

ni reconoce prerrogativas, sólo se refiere a estas situaciones o a algunas de ellas²¹; la profesora de Derecho, en principio, también se refiere a algo, pero, con la mera frase iv) no podemos saber exactamente a qué, ¿a las normas jurídicas? ¿A su aplicación práctica? ¿A las opiniones de la doctrina? ¿A lo que fueron normas jurídicas pero que ya no lo son –como las normas anuladas o derogadas o a las contenidas en las *Siete Partidas*?²²–; en la frase v) el vocablo se refiere a una libertad, mientras que en la vi) designa el correlativo de obligación²³; la Facultad de Derecho, en la frase viii), puede ser toda la organización logística del establecimiento educativo para impartir cierta formación escolar o, incluso, el mero lugar físico, la planta de profesores o la población estudiantil²⁴; mientras que “Derecho”, en el punto viii), podría referirse a la carrera universitaria –a la carga académica y, probablemente, también al sistema de evaluaciones– en donde se analiza y enseña cierta información considerada como “jurídica” o, incluso, al ejercicio de determinadas profesiones como las de juez, abogado, notario, profesor, etc.

Ahora bien, “Derecho”, en algunos de sus usos, se suele acompañar de verbos tales como “reconocer”, “conceder”, “atribuir” y “conferir”. Así, por ejemplo, se suele decir “el juez aplicó el Derecho colombiano al contrato

²¹ Lo cual significa que el libro consagra proposiciones sobre las normas y su aplicación. Esto es lo que se conoce como un metalenguaje del Derecho. Consúltese al respecto: BULYGIN, Eugenio, *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 169-193.

²² “Las normas son enunciados prescriptivos que se usan para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas. Las proposiciones normativas son enunciados descriptivos que se usan para informar acerca de las normas o acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas”: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea, 1993), p. 173.

²³ Sobre los correlativos Derecho-obligación, potestad-sujeción, libertad-no-Derecho e inmunidad-incompetencia. Véase: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales* (traducción castellana de Genaro Carrió, México, Fontamara, 1997), pp. 50-67; ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1997), pp. 201-205; ROSS, Alf. *Lógica de las normas* (traducción castellana de José Hierro, Madrid, Tecnos, 1971), pp. 118-124; MENDONÇA, Daniel, *Los derechos en juego* (Madrid, Tecnos, 2003), pp. 21-33; CRUZ PARCERO, Juan. *El concepto de Derecho subjetivo* (México, Fontamara, 1999), pp. 111-128; y NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires, Astrea, 2005), pp. 195-216.

²⁴ El vocablo “grande” puede incluso ser utilizado de manera encomiástica y no hacer referencia alguna a las dimensiones “físicas”, sino a la importancia, tradición o calidad de la Facultad.

internacional” y “el juez le reconoció al tío Alejandro el Derecho a la tutela del menor”. Pero, ¿qué es reconocer el Derecho? “Reconocer” parece hacer referencia a una especie de aceptación de una calidad que ya se tenía, lo cual resulta bastante desconcertante si tomamos en cuenta el hecho de que, antes de la sentencia, la relación del menor con este miembro de su familia no era susceptible de ser calificada como una relación de tutela. Para salvar la situación, podemos decir que “reconocer” también podría significar el otorgamiento de la calidad que se le debía. Pero, ¿qué decir de la hipótesis en que el menor tuviese más tíos, todos con las mismas condiciones para obtener la tutela? ¿Por qué no utilizar el verbo “crear”? Este ambiguo vocablo, como veremos más adelante, suele exaltar los ánimos y generar acaloradas discusiones entre nuestros amigos juristas, así que, por el momento, resulta mucho más “políticamente correcto” decir: “el juez le concedió –o atribuyó– la tutela”.

En este punto, podemos imaginar perfectamente que el abogado riguroso nos refutará: “en ese contexto, cuando nosotros hablamos de Derecho, nos referimos sólo a normas jurídicas. No trate de enredar las cosas”. La verdad es que esta precisión tampoco aclara completamente la situación. En efecto, “[e]l término ‘norma’ carece de un significado preciso y es utilizado en diversos contextos con diferentes sentidos. Así, expresiones como ‘regla’, ‘pauta’, ‘guía’, ‘precepto’, ‘modelo’, ‘patrón’, ‘prescripción’, ‘directiva’, ‘disposición’ y ‘directriz’ aparecen como sinónimos parciales del vocablo norma”²⁵.

Además, el vocablo “norma” suele estar acompañado por distintos adjetivos que influyen, en mayor o menor medida, en el significado que se le atribuye: “definitoria”, “técnica”, “prescriptiva” y “constitutiva”²⁶. Sin embargo, por mor de simplicidad, limitaré este análisis a las normas prescriptivas, es decir, a los mandatos emanados de una autoridad competente que obligan a hacer algo, lo prohíben o lo permiten.

Ahora bien, estos mandatos o prescripciones se expresan en lenguaje, en principio, escrito. Es decir, en rayas y puntos que obedecen a unas normas sintácticas y gramaticales. Ahora bien, la palabra “norma” adolece de una ambigüedad bien particular: es utilizada para referirse tanto a las expresiones lingüísticas gramaticalmente correctas, como al significado que se le atribuye²⁷. Así, pues, nuestra Corte Suprema sostiene que: “[...]”

²⁵ MENDONCA, Daniel, *Las claves del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 2000), pp. 45 s.

²⁶ Véase: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y norma en G.H. Von Wright* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995), pp. 243-302; y MENDONCA, Daniel, cit. (n. 25), pp. 45-48.

²⁷ Véase: GUASTINI, Riccardo, *Los juristas a la búsqueda de la ciencia*, en, GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (traducción castellana de

*la jurisprudencia actualiza permanentemente el Derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no es menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes*²⁸. Lo cual significa que la jurisprudencia no puede modificar el texto escrito de la ley, pero, que sí puede cambiar lo que éste significa –dimensión semántica–. ¿Cuál es el interés de una frase si no es por lo que significa? ¿Qué importan las palabras de una ley sino es por lo que ellas ordenan hacer?

Ahora bien, la doctrina más autorizada²⁹, suele designar “formulación normativa” a la expresión lingüística y reservar el vocablo “norma” para el significado que a aquélla se le atribuye. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la ambigüedad y vaguedad propias de los lenguajes naturales, bien podría afirmarse que de un mismo texto se pueden interpretar distintas normas.

Es importante precisar que el juez atribuye nuevos significados a las palabras de la ley para resolver los casos particulares sometidos a su conocimiento; pero, ¿qué pasa cuando este nuevo sentido se generaliza en la práctica judicial³⁰? ¿Podemos decir que se creó una nueva norma general³¹? ¿Este nuevo significado atribuido a las palabras de la ley es obligatorio para todos los jueces? En la práctica, resulta innegable que los jueces tienden a seguir las posiciones adoptadas por sus superiores jerárquicos, máxime cuando éstos pueden revisar sus providencias a través de la apelación o de la casación³², pero, ¿esto significa que están obligados a hacerlo?

Así las cosas, vemos que la pregunta “¿los jueces aplican o crean Derecho?” parece escindirse en varias, debido a la ambigüedad de la palabra “juez”³³: ¿cada uno de los jueces?, o, más bien, ¿los jueces de la Repú-

Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999), p. 270; y RODRÍGUEZ, Jorge. *Lógica de los sistemas jurídicos* (Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002), p. 266.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 17/05/1968. M. P. Fernando Hiestrosa Forero, G. J. CXXIV, Nos. 2297 a 2299, p. 160.

²⁹ Consúltese al respecto: VON WRIGHT, Georg-Henrik. *Norma y acción. Una investigación lógica* (traducción castellana de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979), pp. 109-121; MENDONCA, Daniel, cit. (n. 25), pp. 62 s.

³⁰ Sobre este punto, es importante tomar en cuenta la función de los precedentes judiciales en los países de tradición jurídica romano-germánica. Consúltese al respecto: WRÓBLEWSKI, Jerzy. cit. (n. 4), pp. 295-335; y AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social* (traducción castellana de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2000), pp. 81-97.

³¹ Sobre las normas generales y las normas individuales, véase: VON WRIGHT, Georg-Henrik. cit. (n. 29), pp. 93-97.

³² Véase: NIETO, Alejandro. cit. (n. 19), pp. 91-103.

³³ Consúltese: CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 107.

blica como cuerpo colegiado? ¿O quizá un juez en particular –como las altas cortes–?

Hasta el momento, las precisiones que hemos hecho respecto del vocablo “Derecho” no parecen haberle dado mucho sentido a nuestra pregunta inicial. Prosigamos, entonces, con las dos palabras restantes.

3. “Aplicar”, como verbo que es, expresa la acción de un sujeto. En uno de los sentidos que le atribuye el diccionario de la Real Academia Española, “aplicar” es “referir a un caso particular lo que se ha dicho en general, o a un individuo, lo que se ha dicho de otro”³⁴.

Si hablamos de la actividad del juez cuando resuelve un caso, decimos que aplica una norma cuando a un caso particular le da la solución –sanción– establecida en una norma general. Así, por ejemplo, el juez debe resolver el contrato entre Fulano y Zutano si hubo un incumplimiento grave de una obligación contractual por parte de uno de ellos y el otro le solicitó la resolución³⁵. En el régimen general de los contratos del *Código Civil* colombiano hay una norma que define y establece los hechos condicionantes (supuesto de hecho) y las consecuencias condicionadas (sanción)³⁶ de la resolución de los contratos (artículo 1546 CCCol.)³⁷. El juez debe, entonces, tomar en consideración los hechos que las partes le presentan en el proceso³⁸ y proferir una sentencia cuya parte resolutive concreta esta regla general para el caso de Fulano y Zutano.

En este orden de ideas, la sentencia consagra una norma individual que

³⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española* (Madrid, 2001) I, p. 182.

³⁵ Véase: CAPRILE BIERMANN, Bruno. *La resolución en el Derecho chileno*, en GAITÁN MARTÍNEZ José Alberto - MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (editores), *La terminación del contrato* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2007), pp. 172-191; y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *La resolución*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *Los contratos en el Derecho privado* (Bogotá, Legis - Universidad del Rosario, 2007), pp. 247-276.

³⁶ Sobre las palabras que se usan en el Derecho con una mera finalidad de presentación, consúltese: ROSS, Alf. cit. (n. 20); y BULYGIN, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961)

³⁷ Existe también una disposición similar en el *Código de Comercio* (artículo 870) y múltiples textos que la consagran expresamente en algunos regímenes especiales de contratos, como la compraventa (artículo 1930 CCCol.) y el arrendamiento de cosas (arts. 1986, 1990 y 1996 CCCol.).

³⁸ El inciso 1 del artículo 305 del *Código de Procedimiento Civil* colombiano establece: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

tiene una función realizativa³⁹: la invalidez retroactiva de la convención con sus correspondientes obligaciones, principalmente, las restituciones mutuas (artículo 1544 CCCol.)⁴⁰. Sostiene Mendonca: “[J]ustificar o fundar una decisión consiste, a grandes rasgos, en construir un razonamiento deductivo válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión, de tal manera que el fundamento principal de la decisión es la norma general de la que aquella es un caso de aplicación. Consiguientemente, entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, no causal, de modo que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (o un conjunto de normas generales), en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de los hechos relevantes)”⁴¹.

Sin embargo, es importante tener cuidado con las palabras. Cuando se dice que la decisión es “deducida” de las premisas, no se puede entender como regida por las reglas de la lógica deductiva⁴², ya que la decisión judicial, como acto de voluntad que es, no puede estar determinada por la lógica. “[L]o que está lógicamente implicado por las premisas de un argumento correcto es el contenido de un (posible) acto de decisión y de esta manera se dirá que ese acto de decidir, una vez realizado, está justificado por las premisas del argumento”⁴³.

El procedimiento es el mismo, en caso de aplicación de normas generales

³⁹ Sobre las expresiones realizativas, véase: AUSTIN, John Langshaw, *Cómo hacer cosas con palabras* (traducción castellana de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós, 1990).

⁴⁰ “Los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un orden jurídico en tanto institución social que funcionan a través de una maquinaria jurídica que comprende órganos legislativos, administrativos y judiciales. [...] [E]l orden jurídico autoriza a la persona competente, o al conjunto de personas competentes, a liberar con sus palabras las fuerzas que mueven la maquinaria jurídica, la realización de un acto jurídico puede parecer algo mágico: las palabras crean el efecto que nombran”: ROSS, Alf. *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas*, en *El concepto de validez y otros ensayos* (traducción castellana de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001), p. 114.

⁴¹ MENDONCA, Daniel, *Las claves del Derecho*, cit. (n. 25), p. 205.

Sobre la aplicación de las normas generales a los casos concretos, consúltese también: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico* (México, Fontamara, 1999), pp. 7-94; ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología*, cit. (n. 22), pp. 225-241; y SCHREIBER, Ruppert. *Lógica del Derecho* (traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1999).

⁴² Sobre lo que se entiende por “lógica deductiva”, véase: COPI, Irving - COHEN, Carl, *Introducción a la Lógica* (traducción castellana de Edgar Antonio González Ruiz, México, Limusa, 2002), pp. 207-440.

⁴³ RODRÍGUEZ, Jorge, cit. (n. 27) p. 252.

o de reglas creadas por las partes a través de cláusulas contractuales⁴⁴.

Ahora bien, si el juez no deduce la solución adoptada de las reglas del sistema, las definiciones en juego y los hechos del proceso, su sentencia será infundada o arbitraria⁴⁵. A esto parece hacer referencia la Corte Suprema de Justicia colombiana cuando sostiene: “*En principio la interpretación de una convención corresponde a los jueces de fondo, cuyas decisiones al respecto escapan en lo general a la censura de la Corte de Casación, a no ser que degeneren en una verdadera violación de la ley del contrato; lo cual acontece cuando el juez so pretexto de interpretación, desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o sustituye por otra de su invención*”⁴⁶.

Este carácter arbitrario de la sentencia es denominado por la jurisprudencia colombiana “error de hecho”, y la decisión puede ser recurrida en casación (artículo 368 N° 1 CPC.Col.).

Puesto en estos términos, la situación parece muy simple. Sin embargo, para apreciar todos sus matices, es necesario que continuemos con nuestro análisis lingüístico.

4. Según el diccionario de la Real Academia Española, “crear” es “producir algo de la nada”, “establecer, fundar, introducir algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado”⁴⁷. Sin embargo, cuando hablamos de la labor del juez, la utilización de este verbo genera dos grandes inconvenientes:

⁴⁴ Véase: Corte Suprema de Justicia: Casación Civil, 7/02/2008, M. P. William Namén Vargas. Ref. 2001-06915-01; Cas. Civ. 8/10/2005. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 00304; Cas. Civ. 18/02/2003, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 6806; Cas. Civ. 5/07/1983, M. P. Humberto Murcia Ballén, en *GJ.* 172, N° 2411, pp. 112-129; Cas. Civ. 7/10/1976, M. P. Alberto Ospina Botero, en *GJ.* N° 2393, pp. 441-451. Véanse también: C.S.J.: Cas. Civ. 15/05/1972, M. P. Alberto Ospina Botero, en *GJ.* 142, N°s 2352-2357, pp. 177-182; Cas. Civ. 15/06/1972, M. P. Humberto Murcia Ballén, en *GJ.* 142, N°s 2352-2357, pp. 215-221; y Cas. Civ. 2/06/1958, M. P. Ignacio Escallón, en *GJ.* 88, N° 2198, pp. 51-56.

⁴⁵ Consúltese: BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico*, cit. (n. 21), pp. 360-362; CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 281-299; y MENDONCA, Daniel - SAPENA Josefina. *Sentencia arbitraria. Análisis de la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia* (Asunción, Intercontinental, 2006).

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. 27 de agosto de 1971, M. P. Ernesto Cediél Ángel, en *GJ.* 139, N°s 2346 a 2351, pp. 124-133.

Una síntesis completa de los fallos de la Corte Suprema colombiana al respecto en: Corte Suprema de Justicia, Casación Civil de 7 de febrero de 2008, M. P. William Namén Vargas, Ref. 2001-06915-01.

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (Madrid, 2001), I, p. 679.

Por un lado, “crear” tiene un gran contenido emotivo⁴⁸. En efecto, como bien lo precisó el profesor Genaro Carrió: “‘Crear’ sugiere en la mayoría de los contextos, que lo que se hace es importante. Llamar a alguien el ‘creador’ de algo, y a este algo una creación, traduce, bastante claramente, una actitud de aprobación o reconocimiento. No es necesario abundar mucho, por otra parte, para poner de manifiesto el carácter encomiástico que tiene, prácticamente en todos los contextos, la palabra ‘Derecho’. El agregado ‘crear Derecho’ tiene el significado emotivo de ‘hacer algo muy importante y digno’, significado emotivo que obviamente no posee ‘dictar sentencias’”⁴⁹.

Dentro de esta óptica podemos entender mejor la discusión de nuestros dos personajes de la introducción de este ensayo: ellos sabían perfectamente cuál es la actividad que desempeñan los jueces cuando deciden los casos sometidos a su conocimiento, pero, uno la calificaba de simple “aplicación de normas”, mientras que el otro la consideraba una verdadera “creación de Derecho”. Esto es lo que se conoce como un desacuerdo de actitudes⁵⁰ respecto de la dignidad y el valor de la actividad judicial, desacuerdo que difícilmente podría conciliarse⁵¹.

⁴⁸ “Una de las causas que hacen que la forma gramatical no sea una guía segura es que existen numerosas palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo, tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres. [...] Se trata de palabras que son usadas, en forma ostensible o encubierta, para exteriorizar, despertar o agudizar ciertas actitudes de aprobación o desaprobación. ‘Libertad’, ‘democracia’, ‘imperialismo’, ‘oligarquía’, ‘comunista’, ‘nacionalista’, son sólo un puñado de las numerosas palabras que, en determinados contextos, desempeñan tal función”: CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 22.

⁴⁹ CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 113.

⁵⁰ “En tales casos un hombre cree que p es la respuesta, y otro cree que es no-p, o alguna proposición incompatible con p; y en el curso de la discusión cada uno trata de dar algún tipo de prueba de su opinión, o revisarla a la luz de información adicional. Llamaremos a esto ‘desacuerdo de creencias’. Hay otros casos que difieren agudamente de éstos, que pueden ser llamados ‘desacuerdos’ con igual propiedad. Ellos implican una oposición, a veces inusitada y gentil, a veces enérgica, que no es de creencias sino de actitudes, es decir, una oposición de propósitos, aspiraciones, necesidades, preferencias, deseos, etc. Llamaremos a los desacuerdos de este tipo ‘desacuerdos de actitud’ [...]. Los dos tipos de desacuerdo difieren principalmente a este respecto: el primero tiene que ver con la forma como las cosas han de ser fielmente descriptas y explicadas.; el último tiene que ver con la forma como han de ser preferidas (favorecidos) o no preferidas, y, por ello, con la forma como ellas han de ser conformadas por los esfuerzos humanos”: STEVENSON, Charles. *Ethics and Language*, en cap. 1º, Citado por CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 111.

⁵¹ “Los deseos, en cambio, a diferencia de las creencias, no pretenden representar tal cual es y por ello no pueden ser valorados en términos de verdad y falsedad. En

Por otro lado, “crear” puede llevar a graves confusiones debido a su ambigüedad⁵². Imaginemos, por ejemplo, que un nuevo personaje trata de salvar la situación mediante una posición ecléctica: “amigos –dirá–, el juez, al resolver una controversia concreta, no sólo aplica una norma general, sino que, además, crea una norma individual que establece que cierta sanción habrá de imponerse a determinado sujeto. Así, pues, los dos tienen razón y no hay que seguir discutiendo sobre el asunto”⁵³.

Este razonamiento puede resultar muy útil para ponerle fin a tan absurda discusión, pero también puede dar lugar a graves malentendidos⁵⁴. En efecto, sostener que aplicar y crear normas jurídicas son correlativos puede conducirnos a olvidar las importantes diferencias que existen entre las funciones jurisdiccional y legislativa.

Si aceptamos que el juez cuando aplica una norma general siempre crea una individual, podríamos llegar a concluir que el juez crea normas individuales de la misma forma en que el legislador crea normas generales⁵⁵. Sin embargo, esta conclusión es incorrecta. El contenido de la decisión judicial debe estar fundamentado –justificado, fundado–, es decir, debe deducirse de la norma general que se aplica. En este orden de ideas, la sentencia consta, necesariamente, de una parte motiva en la cual el juez describe los hechos y los analiza respecto del supuesto de hecho de una norma general, –precisando los significados que le dará a las expre-

rigor, los deseos no son susceptibles de crítica racional alguna y, aunque puede ser desafortunado que tengamos determinados deseos, ellos son, en sí mismos, inmunes al control racional”: MENDONCA, Daniel, *Los secretos de la ética* (Madrid, Tecnos, 2001), p. 70

⁵² “Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponda un significado y sólo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente [...] que todos esos objetos tienen una propiedad o conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estemos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a una misma cosa”: CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 94.

⁵³ Consúltese al respecto: KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado* (traducción castellana de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995), pp. 155-161.

⁵⁴ En este punto, sigo muy de cerca los brillantes análisis de Eugenio Bulygin. Véase: BULYGIN, Eugenio, cit. (n. 45); y BULYGIN, Eugenio, *Creación y aplicación del Derecho*, en *Lagunas del Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (Madrid, Marcial Pons, 2005), pp. 29-44.

⁵⁵ Lo cual se torna aún más confuso si tenemos en cuenta que el legislador puede también crear las denominadas “normas individuales” –aunque vale la pena precisar que las palabras “norma” y “regla” parecen hacer referencia a cierta generalidad respecto del sujeto–.

siones que ésta contiene— y de una parte resolutive cuya prescripción individual es idéntica a la de una norma general⁵⁶.

Pero, ¿hace lo mismo el legislador? ¿Las normas que crea deben deducirse de una norma general, las definiciones en juego y los hechos del caso? A todas luces, la respuesta es no. Por esta razón, precisamente, al legislador no se le exige ningún razonamiento deductivo cuando cumple con su función y la exposición de motivos —considerandos—, a diferencia de la parte motiva que sí hace parte de la sentencia, no integra la ley. Así, pues, es arbitraria tanto la sentencia que crea una norma individual, sin deducirla de una general⁵⁷, como aquélla que carece de parte motiva. ¿Se justifica entonces utilizar el mismo verbo, “crear”, para designar actividades tan disímiles?

Ahora bien, hay una hipótesis más que vale la pena analizar: las famosas lagunas⁵⁸, es decir, aquellos casos que no corresponden al supuesto de hecho de ninguna norma del sistema. Para entender el razonamiento hay que recordar que los jueces están obligados a solucionar un litigio aun cuando no haya norma jurídica aplicable y que, si partiéramos del supuesto de que todos los sistemas jurídicos son completos, la labor de los jueces se encontraría, entonces, determinada por tres principios: “Principio de inexcusabilidad: ‘los jueces deben resolver todos los casos que dentro de la esfera de su competencia les fueren planteados’. [...] Principio de justificación: ‘las resoluciones de los jueces deben ser fundadas (los jueces deben dar razones de sus decisiones)’. [...] Principio de legalidad: las

⁵⁶ “Podemos definir normas generales como expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las normas individuales como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual”: BULYGIN, Eugenio, *Creación y aplicación*, cit. (n. 54) p. 33.

⁵⁷ BULYGIN, Eugenio, *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, en *Lagunas del Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, cit. (n. 54), p. 79.

⁵⁸ Cuando utilizo el término “laguna”, me refiero, en principio, a laguna normativa, puesto que la palabra “laguna” es muy ambigua y, en el Derecho, tiene, por lo menos, cuatro sentidos distintos: “las llamadas lagunas de conocimiento —falta de información respecto de la descripción del caso individual—, las lagunas de reconocimiento —dificultad en la tarea de subsunción del caso individual en el caso genérico por indeterminaciones semánticas de las formulaciones normativas—, las lagunas normativas —falta de correlación de una solución normativa a un cierto caso genérico—, y la lagunas axiológicas —discrepancia entre el sistema axiológico del intérprete y el sistema axiológico del legislador plasmada en una cierta solución normativa a un caso—”: RODRÍGUEZ, Jorge, cit. (n. 27), p. 310. Consúltense también: ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del Derecho* (traducción castellana de José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), pp. 407-416.

resoluciones judiciales deben fundarse en normas de Derecho”⁵⁹.

Estos principios fueron acuñados partiendo del supuesto de la completitud de los sistemas normativos, pero cuando el sistema es incompleto –porque tiene lagunas normativas–, su aplicación conllevaría a obligar a los jueces a lo imposible: solucionar los casos mediante sentencias fundadas en normas que no existen. Así, los jueces tendrían prohibido abstenerse de juzgar⁶⁰, estarían obligados a juzgar conforme a Derecho y, además, les estaría prohibido modificar el Derecho. Esto implica una contradicción flagrante.

Para salvar la situación, nuestro legislador puso en cabeza del juez el deber de crear normas jurídicas⁶¹ mediante analogía⁶². “La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente iguales (una prevista y otra no prevista), las consecuencias que señala la norma aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características de ambos casos, si bien entre uno y otro sólo hay igualdad parcial. De ello se infiere que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos son sólo semejantes”⁶³.

Sobre el argumento analógico hay que hacer un par de precisiones: por una parte, éste no es lógicamente válido, ya que requiere de premisas adicionales⁶⁴ y, por la otra, se trata de la creación judicial de una norma

⁵⁹ ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología*, cit. (n. 22), pp. 236 s.

⁶⁰ El artículo 48 de la Ley N° 153, de 1887, establece: “*Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia*”.

⁶¹ Al respecto el *Código de Procedimiento Civil* colombiano dispone en su artículo 37: “*Son deberes del juez: I [...] 8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de Derecho sustancial y procesal. I [...] La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario*”.

⁶² Artículo 8 de la Ley N° 153 de 1887; 1 y 2 del *Código de Comercio* y 5 del *Código de Procedimiento Civil*.

⁶³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, cit. (n. 41) p. 158. MENDONCA, Daniel, *Análisis Constitucional*, cit. (n. 17), p. 79: “*Cuándo el parecido es suficiente y cuándo la propiedad en la que la semejanza se verifica es bastante importante son preguntas que requieren un juicio de relevancia, necesariamente dotado de subjetividad*”.

⁶⁴ Consúltese: BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, cit. (n. 45), pp. 361-362.

general que luego se va a aplicar a un caso en concreto y no de la deducción de una norma individual a partir de una general. Pero, ¿esta actividad es igual a la desplegada por el legislador⁶⁵? No hace falta llevar a cabo investigaciones muy profundas para descubrir que “[l]a creación judicial de normas generales por analogía es una creación a partir de otras normas y en este aspecto difiere sustancialmente de la creación legislativa, hasta el punto de que parece equívoco usar el mismo vocablo ‘creación’ para designar dos actividades tan distintas”⁶⁶.

En este orden de ideas, podemos sostener que el juez crea Derecho cuando atribuye definiciones a las palabras y expresiones de las normas del ordenamiento⁶⁷ así como cuando crea normas generales vía analogía⁶⁸. Pero, ¿estas definiciones y normas creadas por los jueces son obligatorias, del mismo modo en que lo son las definiciones y normas de origen legal⁶⁹?

⁶⁵ El artículo 1 inciso 2º, del *Código Civil* suizo, sin ambages, establece: “*A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur*” (“A falta de disposición legal aplicable, el juez decide de acuerdo con la costumbre y, a falta de costumbre, de acuerdo con las normas que él crearía si tuviera que actuar como legislador”).

⁶⁶ BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*; cit. (n. 45), p. 362.

⁶⁷ “Se denominan ‘estipulativas’ las definiciones que proponen usar un determinado vocablo o sintagma de una forma determinada, con preferencia sobre otras”: GUASTINI, Riccardo, *Reencuentro con la interpretación*, en *Distinguiendo*; cit. (n. 27), p. 202.

⁶⁸ También vale la pena recordar que, en materia de Derecho internacional privado, el juez debe suplir la voluntad de las partes en un contrato internacional cuando éstas no escogen la ley aplicable. Así, pues, cuando el juez decide someter el contrato a un sistema normativo determinado, ¿“crea Derecho”? Sobre los métodos utilizados para tal fin, véase: LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, *Droit international privé* (Paris, Dalloz, 1999), pp. 444-446; y BUREAU, Dominique - MUIR WATT, Horatia, *Droit international privé* (Paris, Puf, 2007), II, pp. 306-310. ¿Y qué decir de la famosa *lex mercatoria*? ¿Podemos sostener que los laudos de los árbitros internacionales que sirven para establecer este sistema normativo anacional crean Derecho? ¿Un “Derecho” que no es ni nacional ni internacional, sino anacional? ¿Puede hablarse de “Derecho” por fuera del lenguaje del “Estado”? Consúltese al respecto: OPPETIT, Bruno, *L’émergence de la lex mercatoria*, en *Droit et modernité* (Paris, Puf, 1998), pp. 53-64; y OSMAN, Filali, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l’étude d’un ordre juridique anational* (Paris, LGDJ, 1992).

⁶⁹ “Quisiera hacer énfasis, sin embargo, en las consecuencias desastrosas que se producen en general cuando nos embarcamos en la explicación de una palabra sin tomar seriamente en consideración más que un limitado número de contextos en los cuales es efectivamente utilizada”: AUSTIN, John L., *Le langage de la perception* (traducción francesa de Paul Gochet, Paris, Vrin, 2007), p. 171.

En otras palabras, ¿toda norma jurídica es obligatoria?

Para responder a estos interrogantes, es menester hacer algunas precisiones terminológicas:

Validez: una norma es válida⁷⁰ si, y sólo si, ha sido proferida por una autoridad normativa competente, de conformidad con todas las normas que regulan su producción –perspectiva formal– y resulta compatible con las normas superiores en la jerarquía de las fuentes –perspectiva material⁷¹–.

Obligatoriedad: “una norma es obligatoria si, y sólo si, las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber de aplicarla (es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones). [...] En particular, una norma general es obligatoria, cuando los jueces tienen el deber de aplicarla (es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones)”⁷².

Vigencia: “una norma es vigente si, y sólo si, hay buenas razones para afirmar que sería aplicada en caso de que se dieran las condiciones para su aplicación”⁷³.

Eficacia: “una norma es eficaz si, y sólo si, es obedecida por él o los sujetos a los que se dirige”⁷⁴.

Ahora bien, una norma creada por un juez, ya sea mediante analogía o bien a través de la atribución de un nuevo significado –norma– a las

⁷⁰ Una completa exposición de los problemas que se generan por la ambigüedad de la palabra “validez” cuando se utiliza como predicado de “norma jurídica” en: KELSEN, Hans - BULYGIN, Eugenio - WALTER, Robert, *Validez y eficacia del Derecho* (Buenos Aires, Astrea, 2005). Consúltense también: ROSS, Alf. *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, cit. (n. 40), pp. 7-29; y ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), pp. 53-102.

⁷¹ Véase: GUASTINI, Riccardo, “*La invalidez*”, en *Distinguiendo*. cit. (n. 27), pp. 319-342.

⁷² BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*; cit. (n. 45), p. 364.

⁷³ *Ibid.*, p. 364.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 364. CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del Derecho* (México, Fontamara, 1997), pp. 62-66: “Las leyes deben ser *efectivas* y *eficaces*. La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso son *efectivas* [...]. [C]uando se habla de *eficacia* se hace referencia a si la norma es obedecida y/o aplicada. Ahora bien, una norma puede ser *eficaz* –es decir, obedecida– y, sin embargo, no alcanzar el objetivo que pretendía. En este caso la norma está mal diseñada porque es *eficaz* pero *inefectiva* [...]. Una norma es *efectiva* si consigue el objetivo que pretende. Una norma es *eficiente* si consigue este objetivo con el mínimo coste posible”.

expresiones de un texto –formulación normativa–, es válida si se encuentra en consonancia con todas las normas que regulan su creación y con las reglas superiores en la jerarquía de las fuentes. Las normas, tanto válidas como inválidas, pertenecen al sistema hasta cuando hayan sido “expulsadas” del ordenamiento jurídico, mediante anulación o derogación⁷⁵, lo cual tiene un efecto general⁷⁶. Así, pues, si un juez fundamenta su decisión en una disposición anulada o derogada, su sentencia será arbitraria por crear una norma individual, sin deducirla de una general⁷⁷ y, eventualmente, la conducta podría calificarse como constitutiva del delito de prevaricato⁷⁸.

En este orden de ideas, la anulación es un acto eminentemente jurisdiccional, realizado por un juez que tenga competencia para ello, que consiste en el reconocimiento de su invalidez –mal llamado “declaración de invalidez”– y su expulsión del conjunto de normas “existentes” del ordenamiento⁷⁹. La derogación, por el contrario, es un acto legislativo que exige la promulgación de una nueva norma⁸⁰.

⁷⁵ Consúltese al respecto: GUASTINI, Riccardo, *Perspectiva dinámica de los ordenamientos*, en *Distinguiendo*; cit. (n. 27), pp. 365-375; AGUILÓ, Josep, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica* (México, Fontamara, 1999); y SAUCA, José María, *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas* (México, Fontamara, 2001). Artículo 71 CCCol.: “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. [Inciso 2º] Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. [Inciso 3º] Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. [Inciso 4º] La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

⁷⁶ Consúltese: GUASTINI, Riccardo, *Perspectiva estática de los ordenamientos*, en *Distinguiendo*, cit. (n. 27), pp. 356-364.

⁷⁷ Es importante resaltar que la Corte Constitucional colombiana ha considerado que la acción de tutela –recurso de amparo– procede contra providencias judiciales cuya decisión se fundamenta en una norma anulada –declarada inexecutable–. T-937/2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁸ “La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, per se, como fuente autónoma del Derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”: C. Const., C-335/2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁹ El artículo 243 de la Constitución Política de Colombia dispone: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. [Inciso 2º] Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

⁸⁰ “[N]o tiene sentido decir que la formulación de norma derogada ya no existe [...], pues, en general, la formulación derogada seguirá cumpliendo su papel de

Sin embargo, en principio⁸¹, sólo las normas creadas por el legislador tienen un carácter obligatorio general, por esta razón los jueces no están obligados a aplicar las reglas creadas por otros jueces —únicamente son obligatorias, para las partes en el juicio, las normas individuales que de ellas deducen—, lo cual no es óbice para que sean vigentes, en el entendido de que, si provienen de un juez de alta jerarquía y las soluciones que consagran parece plausibles⁸², existirán buenas razones para creer que las reglas serían aplicadas en caso de presentarse la ocasión. Esto es lo que se suele denominar precedente judicial⁸³.

fuerza de Derecho al menos para los casos surgidos con anterioridad a la derogación y pendientes de resolución”: AGUILÓ, Josep, cit. (n. 75), p. 78.

⁸¹ “En todos los sistemas jurídicos sucede que a través de la aplicación de la ley se crea una formación de Derecho consuetudinario que no puede ser deducido de la ley escrita, de la constitución ni de la norma fundamental. De ahí que esta formación jurídica sea llamada extrasistémica”: ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho* (traducción castellana de Julio Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997), pp. 148 s.

⁸² O, simplemente, porque sus superiores jerárquicos pueden entrar a revisar sus providencias a través de la apelación o de la casación. ¿Y qué decir del caso en que puedan examinarlas vía acción de tutela —recurso de amparo?

⁸³ Véase: BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*. cit. (n. 45), pp. 362-369; y BULYGIN, Eugenio, *Creación y aplicación del Derecho*, en *Lagunas del Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, cit. (n. 54), pp. 43 s. Sin embargo, resta aún un importante punto por aclarar: ¿podemos sostener que las normas creadas por los jueces pueden ser tan sólo vigentes y nunca obligatorias de forma general? Nuestra primera inclinación es responder el interrogante de manera afirmativa; pero, ¿es esto tan claro en los casos en donde existe una jurisprudencia constante y arraigada que se basa en normas creadas por los jueces? Pensemos, por ejemplo, en la regla que establece el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas o, mejor aún, en aquéllas que crearon nuevas categorías de daños indemnizables llamados “morales”. ¿Hasta qué punto podemos decir que un juez puede apartarse de lo dispuesto por estas normas y desconocer que en Colombia existe un régimen de responsabilidad por actividades peligrosas y que el daño moral indemnizable? ¿Un fallo de este tipo no constituiría un prevaricato? Así las cosas, ¿podríamos llegar a afirmar que se trata de una clase especial de normas generales obligatorias de origen jurisprudencial? Este planteamiento parece muy atractivo, pero, está lejos de ofrecer una total certitud: ¿cuándo podemos decir que una norma jurisprudencial supera el umbral de la vigencia y adquiere una obligatoriedad general? Más todavía: ¿podrían derogarse jurisprudencialmente? ¿Sería ésta la hipótesis contemplada por el artículo 10 de la Ley N° 153 de 1887 (modificado por el artículo 4 de la Ley N° 169 de 1896), recientemente declarado exequible por la Corte Constitucional (C-836/2001)? Estos y muchos interrogantes más son abordados en el brillante ensayo, aún inédito, de Andrés MOLINA OCHOA intitulado: *El precedente judicial en Colombia*.

En este orden de ideas, el *Código Civil* colombiano⁸⁴ establece en su artículo 17: “*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*”; y en el artículo 25: “*La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador*”.

Empero, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-820/2006, decidió sobre la constitucionalidad (artículo 241 CPol.Col.) del artículo 25 del *Código Civil*, en los siguientes términos: “*Declarar exequible el artículo 25 del Código Civil, por los cargos formulados en la demanda, salvo las expresiones ‘sólo’ y ‘con autoridad’, que se declaren inexecutable. La exequibilidad se condiciona en el sentido de entender que la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general*”⁸⁵.

Antes que nada, precisemos los términos: “La inconstitucionalidad es un caso particular de invalidez: es la invalidez que deriva de la no conformidad de una norma con la constitución”⁸⁶. Así, pues, la inexecutable sería la anulación de una norma por inconstitucionalidad y la exequibi-

⁸⁴ El *Código* de don Andrés Bello fue adoptado sin modificaciones sustanciales por el legislador colombiano en 1873. En lo que respecta al Derecho de las obligaciones (régimen general, teoría general del contrato y responsabilidad civil extracontractual), el texto escrito del *Código Civil* original se ha mantenido intacto. Los cambios más representativos se limitan a regulaciones específicas de ciertos contratos particulares como es el caso del arrendamiento de vivienda urbana (Leyes N^{os} 56 de 1985 y 820 de 2003) y de la conciliación extrajudicial (Leyes N^{os} 446 de 1998, 640 de 2001 y Decreto N^o 1818 de 1998). Sin embargo, el Derecho de las obligaciones colombiano ha llegado a sufrir importantes modificaciones tanto por vía jurisprudencial, como a través de la codificación comercial (Decreto N^o 410 de 27 de marzo de 1971). Sobre la codificación civil colombiana, véase: VALENCIA ZEA, Arturo - ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil. Parte general y personas* (15^a edición, Bogotá, Temis, 2000), I, pp. 29-60. Sobre los cambios normativos contemporáneos, consúltese: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *La teoría general del contrato en el Derecho privado colombiano: entre el Código de Bello y el Código de Comercio*, en MARTINIC, María Dora - TAPIA, Mauricio (editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (Santiago, Universidad de Chile - LexisNexis, 2005), I, pp. 611-646; y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La influencia del Code Civil y la doctrina francesa en el Derecho de las obligaciones colombiano*, en PIZARRO WILSON, Carlos - TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores). *De la codificación a la descodificación. Cuadernos de análisis jurídicos* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2005), pp. 81-92.

⁸⁵ Corte Constitucional, C-820/2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁶ GUASTINI, Riccardo, *La invalidez*, en *Distinguiendo*, cit. (n. 27), p. 323.

lidad su convalidación constitucional.

En este orden de ideas, el mencionado fallo resulta muy cuestionable por dos razones principales: i) porque no existe conflicto normativo⁸⁷ alguno, ya que el artículo 25 se encuentra en perfecta concordancia con la carta política que, en su artículo 230, establece: “*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*”. Y ii) porque la decisión de la Corte colombiana contradice directamente tanto lo establecido por el artículo 17 CCCol. —que también es conforme con el artículo 230 de la *Constitución*—, como lo dispuesto por la carta política misma.

Así, pues, no sólo los artículos 25 y 17, que nunca han sido derogados, son válidos —constitucionales⁸⁸—, sino que, además, la *Constitución* no consagra ninguna norma que le confiera el carácter obligatorio a las reglas creadas por la Corte Constitucional en materia de Derecho privado⁸⁹.

¿Puede el juez constitucional anular —declarar inexecutable— una norma que es válida —constitucional—⁹⁰? En otras palabras, ¿una

⁸⁷ Sobre el concepto de conflicto normativo, el cual presupone la interpretación, véase: GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*; cit. (n. 4), pp. 82-88.

⁸⁸ “La validez de una ley consiste en una relación lógica entre ella y la Constitución, y como tal no depende de lo que dicen los jueces”: BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*; cit. (n. 45), p. 365. “[L]a validez depende de la relación —absolutamente objetiva e intemporal— de una norma con otras normas (lógica o materialmente) superiores. [...] En resumen: una norma es válida si, y sólo si, responde a los criterios de validez propios de un determinado ordenamiento. Sobre la validez de una norma —como sobre la verdad de una proposición— no tienen ningún peso las opiniones o decisiones de nadie. La validez, de la misma forma que no puede ser conferida a una norma inválida, tampoco puede ser sustraída a una norma válida”: GUASTINI, Riccardo, *Perspectiva dinámica de los ordenamientos*, en *Distinguiendo*, cit. (n. 27), p. 372.

⁸⁹ Consúltese al respecto: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Constitucionalización del Derecho privado*, en *Controversias constitucionales* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2009), pp. 343-386. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana, extrañamente, sostiene lo contrario. Véase una presentación sintética de toda su argumentación en: Corte Constitucional, C-335/2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁰ “Como Thayer acepta que la Constitución admite con frecuencia distintas interpretaciones, postula que la ley sea declarada inconstitucional sólo cuando la interpretación constitucional sobre la que reposa la ley (interpretación del legislador) no sea ‘racional’ [...]. Es de observar que Thayer no niega que el tribunal pueda creer que determinada interpretación de la Constitución sea la interpretación ‘correcta’; lo que niega es que pueda creer que la correcta sea la única razonable, es decir, la única que personas razonables admitirían como correcta. Es precisamente en ese ámbito de duda interpretativa entre personas razonables donde el tribunal debe au-

sentencia que declare la anulación de una norma válida puede “expulsarla” del ordenamiento? Y, más grave aún, ¿estaría incurso en el delito de prevaricato el juez que aplique una norma conforme con la *Constitución*, pero, declarada inexecutable⁹¹? ¿Y lo estaría también si no acogiera la famosa “interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional”? ¿No es acaso la invalidez –inconstitucionalidad– condición necesaria para la anulación –inexecutable–? ¿Podría una simple sentencia crear una norma con carácter obligatorio general cuando no hay reglas en el ordenamiento que lo permitan? ¿Podría hacerlo incluso contrariando las normas que se lo prohíben –los artículos 25 y 17 CCCol. y 230 de la *Constitución*–? ¿Es plausible, y coherente con el sistema, sostener que así “crea Derecho” la Corte Constitucional colombiana? Al lector mismo le corresponderá responder a estas preguntas.

Después de estas breves precisiones terminológicas, resulta claro que la pregunta “¿el juez crea o aplica Derecho?”, vista de forma aislada, parece completamente desprovista de sentido. Teniendo esto en cuenta, podemos aventurarnos a analizar cuál es la actividad que realiza el juez cuando decimos que “interpreta”.

III. ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD

1. El verbo “interpretar” y el sustantivo “interpretación” son moneda corriente en el lenguaje de los juristas, pero, ¿a qué se refieren con ellos? Ante esta singular pregunta, muchos autores optan por contestar sirviéndose de hermosas metáforas⁹², por ejemplo: “Por nuestra parte, ‘interpretar’

torrestringirse y no declarar inconstitucional una ley”: MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, cit. (n. 17), pp. 105 s. Personalmente, considero que éste es el nivel mínimo de tolerancia y respeto que se le debe exigir a la Corte Constitucional respecto de las leyes proferidas por el Congreso de la República, órgano de elección popular. Véase en este sentido: NÚÑEZ, Antonio José, *Manifiesto por una justicia constitucional responsable* (Bogotá, Legis - Instituto desarrollo y libertad, 2005), p. 43; y WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos* (traducción castellana de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005), p. 254.

⁹¹ “Corolario de lo anterior es que cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos ‘al imperio de la ley’”: C. Const., C-335/2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹² Las metáforas, generalmente, sirven para expresar algo de manera indirecta, es decir, utilizando una expresión en un sentido distinto del normal, para que así el

es desentrañar el sentido de algo para hacerlo inteligible”⁹³.

¿Esto quiere decir que las palabras y frases del Derecho tienen un sentido intrínseco oculto en sus entrañas?, ¿y este significado se mantendría ininteligible hasta tanto no sea extraído?, ¿y mediante qué sofisticado procedimiento se extraería⁹⁴?

¿Esto quiere decir que las palabras y frases del Derecho tienen un sentido intrínseco oculto en sus entrañas? ¿y este significado se mantendría ininteligible hasta tanto no sea extraído? ¿y mediante qué procedimiento quirúrgico se extraería⁹⁵?

oyente, gracias al contexto, pueda asignarle otro significado congruente con la intención del emisor. Sobre las metáforas, en general, consúltese: SEARLE, John, *Metáfora*, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis (editor), *La búsqueda del significado* (Madrid, Tecnos, 2000), pp. 588-623. “Se supone que cierta expresión, en su uso metafórico, puede funcionar en lugar de una determinada expresión literal, de la cual constituye, según se pretende, un sinónimo aproximado de ella, sobre la base de que es objetivamente semejante a lo representado. La pretendida objetividad de las semejanzas, sin embargo, dista mucho de ser habitualmente clara e incuestionable, y, a medida que nos acercamos a tales semejanzas, las expresiones metafóricas pierden su eficacia y su razón de ser”: MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego*, cit. (n. 23), p. 63.

⁹³ MONTROYA MATEUS, Fernando, *Interpretación del contrato en el Derecho colombiano*, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (editor), *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (Lima, Grijley - Universidad Externado de Colombia - Rubinzal-Culzoni, 2007), II, p. 1.079.

⁹⁴ Tal vez habría que recurrir a la sofisticadísima “prensa hidráulico-dialéctica de interpretación” que conoció Jhering durante su visita al Cielo de los conceptos jurídicos. “Con ella se extrae de todo pasaje o texto lo que se necesita. De las dos bombas conectadas junto al cilindro principal, la una contiene el aparato dialéctico de infiltración, el inyector por el cual se introducen pensamientos, presupuestos y salvedades que eran totalmente desconocidas para el autor del pasaje. Es un invento de los teólogos; nosotros, los juristas, sólo lo hemos copiado, aunque la copia no resiste la comparación. Nuestro aparato rinde sólo una décima parte de lo que rinde el de los teólogos, que hace penetrar sistemas enteros en una sola palabra. Pero para los fines jurídicos el nuestro nos basta perfectamente. La otra bomba es el aparato de eliminación, el eliminador, que elimina manifestaciones positivas indeseables de los pasajes. Manejando bien esa máquina, se logran armonizar los pasajes más contradictorios”: JHERING, Rudolf von, *El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía*, en *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum* (traducción castellana de Tomás Banzhaf, Madrid, Civitas, 1993), p. 225.

⁹⁵ “Se supone que cierta expresión, en su uso metafórico, puede funcionar en lugar de una determinada expresión literal, de la cual constituye, según se pretende, un sinónimo aproximado de ella, sobre la base de que es objetivamente semejante a lo representado. La pretendida objetividad de las semejanzas, sin embargo, dista mucho de ser habitualmente clara e incuestionable, y, a medida que nos acercamos a tales semejanzas, las expresiones metafóricas pierden su eficacia y su razón de ser”: MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego*, cit. (n. 23), p. 63.

Esta vía parece conducirnos inexorablemente a las teorías esencialistas que sostienen que las expresiones lingüísticas tienen significados verdaderos, naturales o intrínsecos que existen con independencia de las convenciones sociales. Un razonamiento como éste nos hace perder de vista i) que los significados de las palabras son atribuidos mediante el uso que de ellas se hace, ii) que estos significados no son siempre precisos⁹⁶; y iii) que una misma palabra o expresión, en un mismo contexto, puede significar más de una cosa.

“Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del Derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Molière de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero. [...] Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero es científicamente útil si ‘principio somnífero’ es definido física o químicamente. De otra manera, sólo sirve para obstruir el acceso a la comprensión con un falso conocimiento”⁹⁷.

Así, pues, es conveniente dejar de lado estas explicaciones metafísicas⁹⁸ expresadas mediante metáforas⁹⁹ para estudiar cómo usan, efectivamente, los juristas las palabras “interpretar” e “interpretación”. Antes que nada, hay que precisar que estos vocablos, analizados desde distintas perspectivas, resultan muy ambiguos:

En primer lugar, “[e]l término ‘interpretación’ exige algún cuidado es-

⁹⁶ “[L]as palabras tienen los significados que nosotros les hemos dado; y nosotros les damos significado mediante explicaciones. [...] En este sentido, pues, muchas palabras no tienen un significado estricto. Pero esto no es un defecto. Creer que lo es, sería como decir que la luz de la lámpara de mi mesa no es en modo alguno luz real porque no tiene un límite preciso”: WITTGENSTEIN, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón* (traducción castellana de Francisco Gracia Guillén, Madrid, Tecnos, 2001), p. 56.

⁹⁷ COHEN, Félix S., *El método funcional en el Derecho* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962), pp. 46 s.

⁹⁸ “Llamaré metafísicas a todas aquellas proposiciones que afirman representar conocimientos acerca de algo que se encuentra sobre o más allá de toda experiencia, por ejemplo, acerca de la verdadera esencia de las cosas, acerca de las cosas en sí mismas, del Absoluto, y de otras parecidas”: CARNAP, Rudolf. *Filosofía y sintaxis lógica* (traducción castellana de César Molina, México, UNAM, 1998), p. 10.

⁹⁹ “Analogías, imágenes y comparaciones son imprescindibles en la vida práctica, pero su valor argumentativo es escaso. Pueden estimular el pensamiento y la fantasía, pero no pueden demostrar nada y es fácil que induzcan a confusión”: SCHLEICHERT, Hubert, *Cómo discutir con un fundamentalista sin perder la razón. Introducción al pensamiento subversivo* (traducción castellana de Jesús Alborés, Madrid, Siglo Veintiuno, 2004), p. 30.

pecial en su empleo, porque padece de la conocida ambigüedad de proceso-producto: con él se alude tanto a la actividad, la actividad interpretativa, como al resultado de esa actividad. Así, expresiones como ‘interpretación jurídica’, ‘interpretación del Derecho’, ‘interpretación de la ley’ o similares, aluden tanto a la actividad consistente en determinar el significado o sentido de un fragmento del lenguaje jurídico (palabra, expresión u oración), como al enunciado que, como producto de esa actividad, describe el significado que el intérprete atribuye al texto”¹⁰⁰.

En segundo lugar, “interpretación”, en un sentido amplio, es sinónimo de comprensión: atribución de sentido a objetos, fenómenos y procesos, por parte del sujeto que los conoce. En una segunda acepción, más restringida, designa la atribución de sentido a entidades lingüísticas y, en una tercera acepción, aún más restringida, “[...] designa la asignación de significado a entidades lingüísticas verbales o escritas en situaciones en las que se suscitan dudas acerca del significado que ha de atribuírseles. En el ámbito jurídico, ‘interpretación’ significa, principalmente, la atribución de significado a documentos normativos (leyes, decretos, reglamentos, dictámenes administrativos, sentencias, contratos, etc.) en el caso en que surjan dudas acerca de cuál es el significado que debe atribuírsele a tales documentos”¹⁰¹.

En tercer lugar, “interpretación” sirve para designar, algunas veces, un acto de conocimiento, en otras ocasiones, un acto de decisión e, incluso, un acto de creación. Así, pues, se puede distinguir entre: “a) la interpretación cognitiva, que consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo [...] sin escoger ninguno de ellos”¹⁰². Ésta es una operación meramente científica que consiste en describir los usos de los sintagmas –como lo hacen los diccionarios– y, por ende, las definiciones que propone pueden ser calificadas de verdaderas o falsas¹⁰³;

¹⁰⁰ MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, cit. (n. 17), p. 36. Véase también: GUASTINI, Riccardo, *Reencuentro con la interpretación*, cit. (n. 27), en *Distinguiendo*; pp. 202 s.; y WRÓBLEWSKI, Jerzy, cit. (n. 4), p. 213.

¹⁰¹ COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo* (traducción castellana de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2004), p. 12. Consúltese también: MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, cit. (n. 17) pp. 37 s.; WRÓBLEWSKI, Jerzy, cit. (n. 4), p. 212; y ENDICOTT, Timothy, *La vaguedad en el Derecho* (traducción castellana de Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007), p. 39.

¹⁰² GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit. (n. 4), p. 35.

¹⁰³ Sobre las definiciones informativas o lexicográficas, consúltese: GUASTINI, Riccardo, *Reencuentro con la interpretación*, en *Distinguiendo*. cit. (n. 27), pp. 201 s.;

“[b]) la interpretación decisoria, que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva, descartando los demás; c) la interpretación creativa, que consiste en atribuir a un texto un significado ‘nuevo’ –no comprendido entre los identificables a través de la interpretación cognitiva– y/o en recabar del texto las normas, llamadas ‘implícitas’, a través de medios pseudo-lógicos (o sea mediante razonamientos no deductivos, y por lo tanto no concluyentes: por ejemplo, mediante el argumento analógico)”¹⁰⁴.

Finalmente, hay que diferenciar entre la interpretación denominada en abstracto y aquella llamada en concreto. La primera hace referencia a la asignación de significado al texto, es decir, a la obtención de una norma a partir una formulación normativa. Mientras que la segunda consiste en subsumir un hecho –o un acto– en el campo de aplicación de una norma: proferir un enunciado normativo individual y concreto que califica el hecho sometido a examen. “Naturalmente, toda interpretación ‘en concreto’ presupone lógicamente una interpretación ‘en abstracto’”¹⁰⁵. La interpretación en concreto es más conocida por la doctrina como calificación¹⁰⁶ o subsunción¹⁰⁷.

CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), pp. 91 s.; y MENDONCA, Daniel, *Las claves del Derecho*; cit. (n. 25) pp. 114-120.

¹⁰⁴ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit. (n. 4), p. 35. Sobre las definiciones estipulativas, consúltese: GUASTINI, Riccardo, *Reencuentro con la interpretación*, en *Distinguiendo*, cit. (n. 27), pp. 201 s.; CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), pp. 91 s.; y MENDONCA, Daniel, *Las claves del Derecho*, cit. (n. 25) pp. 114-120.

¹⁰⁵ GUASTINI, Riccardo, *Reencuentro con la interpretación*, en *Distinguiendo*, cit. (n. 27), p. 204. Véase también: GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit. (n. 4), p. 30.

¹⁰⁶ Consúltese: CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction* (Paris, PUF, 1995), pp. 53 s.; SILVA ROMERO, Eduardo, cit. (n. 13), pp. 69-107; TERRÉ, François, *Volonté et qualification*, en *Archives de Philosophie du Droit: Le rôle de la volonté dans le Droit* (Paris, Dalloz, 1957), pp. 99-123; JESTAZ, Philippe, *La qualification en Droit civil, Droits. La qualification* (Paris, Puf, 1994), pp. 45-53; CATALA, Pierre, *Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligation*, en *Études offertes à Geneviève Viney* (Paris, LGD), 2008), pp. 243-257; y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *Introducción general. El Derecho de los contratos: entre lo general y lo especia*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *Los contratos en el Derecho privado* (Bogotá, Legis - Universidad del Rosario, 2007), pp. xxvi-xxx.

¹⁰⁷ “El razonamiento jurídico consiste en establecer los hechos de un caso particular y subsumirlos dentro de la hipótesis de la norma para sacar la conclusión para el caso particular de la normas más los hechos [...]. Normalmente las normas son

Ahora bien, calificar un hecho¹⁰⁸ conlleva, por un lado, precisar el significado del texto en cuestión para aplicarlo al caso concreto; por ejemplo: someter al régimen del artículo 2350 CCCol.¹⁰⁹ los daños causados por una teja que cae de un techo averiado por las lluvias implica considerar al inmueble como “edificio en ruinas” y si el condenado a indemnizar no es el dueño sino el poseedor, esto conlleva a atribuir un significado preciso a la palabra “dueño”¹¹⁰. Así, pues, el significado de los textos normativos es

generales en el sentido de que no se refieren directamente a individuos (mediante nombres o descripciones definidas), sino que lo hacen indirectamente por medio de términos generales o predicados. Los predicados son verdaderos de ciertos individuos (por ‘individuo’ entendemos aquí todo objeto particular, sea éste una persona, una acción o un acontecimiento). En consecuencia, las normas jurídicas han de ser aplicadas a individuos o particulares de los que los predicados que figuran en tales normas son verdaderos. El proceso que conduce a la afirmación de que un predicado es verdadero de un cierto individuo, que implica que la propiedad designada por el predicado está ejemplificada en ese individuo o que el individuo pertenece a la clase que es la extensión del predicado en cuestión, es tradicionalmente denominado en la jerga jurídica *subsunción*”: ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, cit. (n. 21), pp. 304 s.

¹⁰⁸ Ahora, la palabra “hecho” sirve para designar muchas entidades distintas: “estados de cosas” (el edificio está en ruinas), “sucesos” (una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio), “acciones involuntarias” (el manotón que lanza la persona dormida), “acciones intencionales” (comprar una casa), “acciones no intencionales” (atropellar a alguien con su automóvil), omisiones intencionales (decidir no pagar impuestos), “omisiones no intencionales” (olvidar registrar el inmueble), “voliciones” (tener la intención de celebrar un contrato), etc. Consúltese al respecto: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y Norma*, cit. (n. 26); pp. 49-221; y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Lima - Bogotá, Palestra - Temis, 2005), pp. 17-52.

¹⁰⁹ “*El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.* [Inciso 2º] *No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.* [Inciso 3º] *Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio*”.

¹¹⁰ El texto dice claramente “dueño”, pero si el juez llegase a considerar que, para ese caso concreto, resultaría más conveniente condenar al poseedor o, incluso, al usufructuario, estaría atribuyéndole un sentido especial a la palabra “dueño”. Esto es denominado por la doctrina “laguna axiológica” y, de forma similar que en la hipótesis de una laguna normativa, el juez *crea* una norma jurídica, sólo que ya no se trata de agregar una nueva regla al sistema —mediante analogía—, sino de sustituir una norma preexistente por una nueva. “Una laguna axiológica es la ausencia de una norma justa o correcta. Más precisamente: en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cuando una clase de supuestos está, nótese, regulada por una norma,

determinado por el uso que de ellos hacen los jueces cuando los aplican a los casos concretos¹¹¹.

Por otro lado, la calificación de un hecho necesita también que éste sea interpretado. Así, pues, para saber si un contrato será calificado como compraventa, es necesario interpretar las actuaciones de los sujetos como un ejemplar de contrato, es decir, considerar que los actos comunicativos emitidos constituyeron una oferta y una aceptación. Considerar que el daño que causó Fulano con su automóvil se someterá al régimen de responsabilidad por actividades peligrosas (artículo 2356 CC.Col.) implica interpretar el hecho de estacionar el vehículo en un cruce de caminos como “conducir un automóvil”. De igual manera, para saber si el contrato celebrado entre una compañía multinacional y un intermediario para que éste influya en las autoridades de un país del tercer mundo que abre una licitación para otorgar una concesión de obras públicas puede anularse, hay que entrar a determinar si esto constituye una “causa ilícita” —y en el caso de un contrato internacional, habría incluso que entrar a determinar a cuál sistema normativo estaría sometida la convención (*lex contractus*) para que así el juez o el árbitro pudieran precisar el carácter ilícito de la causa de acuerdo con los parámetros específicos establecidos por este sistema—¹¹².

Dice González Lagier: “La calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica. El hecho interpretado/

pero el intérprete considera que la regulación existente es insatisfactoria. Lo que hace falta, entonces, no es una norma sin especificaciones ulteriores (porque una norma ya existe), sino una norma que regule el supuesto de una manera ‘satisfactoria’: en este sentido una norma ‘justa’”: GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit. (n. 4), p. 92. “Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas —en el sentido que tratamos de caracterizar— cuando la solución es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta”: ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit. (n. 22), p. 158. Véase también: MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, cit. (n. 17), pp. 81 s.; y ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sobre el concepto de orden jurídico*, en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, cit. (n. 21), p. 405.

¹¹¹ Sobre los problemas que debe afrontar el juez en su labor de calificar los hechos en los supuestos de las normas jurídicas, véase: MALEM SEÑA, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces* (Madrid, Gedisa, 2008), pp. 75-78.

¹¹² Sobre estos contratos, tan comunes en el comercio internacional, véase: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional*, en *Revista Internacional de Arbitraje* 7 (Bogotá, Legis, Julio-Diciembre 2007), pp. 67-89.

calificado no existiría (no sería posible tal interpretación: la calificación) si no existiera la norma jurídica (que es la que crea la clase genérica de hechos en la que se subsume el hecho individual), de manera que no es posible sostener que los problemas de calificación son cuestiones específicamente de hecho”¹¹³.

Así las cosas, teniendo en cuenta la gran ambigüedad de “interpretar” e “interpretación”, resulta indispensable ponernos de acuerdo sobre el significado específico que estamos atribuyendo a las palabras en juego, antes de comenzar una discusión respecto de “lo que es interpretación”, de lo contrario correremos el riesgo embarcarnos un diálogo sin sentido¹¹⁴. Esto “[s]ería tan absurdo como ponernos a discutir fervorosamente si Carlos Gómez es o no jubilado ferroviario, sin tomar previamente la precaución de averiguar si estamos hablando del mismo Carlos Gómez”¹¹⁵.

El juez, en su labor de atribuirle significados a las palabras y expresiones de las normas con el fin de aplicarlas a los hechos que son puestos en su conocimiento, suele enfrentarse a diversos problemas que, para fines didácticos, analizaré desde la perspectiva de la sintaxis (2), la lógica (3) y la semántica (4)¹¹⁶.

2. Para determinar el significado de las palabras del texto normativo, el juez no puede tomar un vocablo de forma aislada y preguntarse “¿qué es ‘propietario?’”, “¿qué es ‘oferta?’”, o “¿qué es ‘daño?’”¹¹⁷. Como ya lo vimos, la ambigüedad y vaguedad del lenguaje hacen imposible que una misma expresión signifique siempre, y en todas circunstancias, una sola cosa de forma clara y precisa. Como advierte Hart: “Hace mucho tiempo Bentham nos previno que los términos jurídicos exigen un método especial

¹¹³ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Quaestio Facti”. *Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*; cit. (n. 108), pp. 41 s.

¹¹⁴ Un interesante ejemplo de esta clase de malentendidos en: COMANDUCCI, Paolo, cit. (n. 101), pp. 12 s.

¹¹⁵ CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 95.

¹¹⁶ En esta parte, sigo muy de cerca el brillante estudio realizado por el teórico danés Alf Ross en: ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), pp. 158-194.

¹¹⁷ “En el análisis lógico deberían evitarse preguntas del tipo ‘¿qué es...?’ porque huelen a esencialismo. Uno puede preguntar qué es cierta sustancia, por ejemplo, el agua o la pólvora, cuando resulta claro qué es lo que uno significa (designa) al usar las palabras ‘agua’ o ‘pólvora’. La pregunta es inadecuada cuando el problema principal consiste en determinar el significado con el que la palabra efectivamente se usa, o el significado que lógicamente podría atribuírsele, pero que sólo se presenta en forma difusa en el uso común”: ROSS, Alf, *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia? en El concepto de validez y otros ensayos* (traducción castellana de Genaro Carrió, Eugenio Bulygin, México, Fontamara, 2001), pp. 33 s.

de elucidación y enunció un principio que constituye el comienzo de la sabiduría en este punto aunque no el fin. Señaló que nunca tenemos que tomar a estos términos en forma aislada, sino considerar frases enteras en que aquéllos desempeñen su papel característico. No hay que tomar la expresión ‘Derecho subjetivo’, sino la frase ‘X tiene un Derecho subjetivo’; no hay que tomar la palabra ‘Estado’ sino la frase ‘Y es un miembro o un funcionario del Estado’. Su advertencia ha sido en gran parte desatendida y los juristas han continuado machacando palabras aisladas¹¹⁸.

Así, pues, el significado de una expresión depende en gran medida del orden y la manera como las palabras se hallan conectadas en una frase¹¹⁹. “Los problemas que se refieren a la conexión de las palabras en la estructura de la frase se llaman problemas sintácticos de interpretación”¹²⁰. Analicemos algunos ejemplos:

El artículo 523 del *Código de Comercio* colombiano establece: “*El arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato.*” [Inciso 2º] *El arrendatario podrá subarrendar hasta la mitad los inmuebles, con la misma limitación*”.

¿Qué designa la frase “*con la misma limitación*”? ¿La autorización expresa o tácita del arrendador o el no darles una destinación distinta de la prevista en el contrato? Un mero análisis sintáctico no permitirá al intérprete responder a este interrogante. Para tomar la decisión deberá apoyarse en otra clase de datos, como, por ejemplo, informaciones sobre el propósito perseguido por la norma (argumento interpretativo teleológico)¹²¹ o la coherencia con otras reglas del sistema (argumento interpretativo sistemático). Esta clase de problemas suelen presentarse cuando la disposición se sirve de pronombres tales como “aquel”, “él”, “éste”, “este último”, “este primero”, “el cual”, “el mismo”, etc.

Tomemos una cláusula contractual redactada en forma similar: “El servicio de supervisión y control de filtración incluye un supervisor y dos operarios, los cuales harán turnos de doce horas, para los activos de El Negro y Little Black”.

¹¹⁸ HART, Herbert L. A., *Definición y teoría en la ciencia jurídica*, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962), pp. 102 s.

¹¹⁹ Sintaxis: “Parte de la gramática que enseña a coordinar y unir las palabras para formar las oraciones y expresar los conceptos”: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (Madrid, 2001), II, p. 2.071.

¹²⁰ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), p. 158.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 159.

¿Quiénes tendrían que hacer los turnos? ¿El supervisor y los dos operarios? O ¿sólo los dos operarios¹²²?

El artículo 1601, inciso 1º, CCCol. dispone: “*Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él*”.

¿Cuál es el sentido de la expresión “[..] podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él”? Tratemos de responder a la pregunta por partes: precisemos primero a qué se refieren los pronombres “la segunda” y “la primera”. “La segunda” designa la pena —que consiste en el pago de una cantidad determinada— y “la primera” se refiere a la cantidad determinada que se obligó a pagar una de las partes como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse —obligación principal—. Entonces, cuando la obligación principal y la pena consisten en sumas de dinero determinadas, podrá pedirse¹²³ que se rebaje de la pena todo lo que exceda el duplo de la obligación principal. Pero, ¿qué significa “incluyéndose ésta en él”? ¿Tomando en cuenta el monto de la pena en el cálculo del duplo de la obligación principal? Tal y como está redactada, y basándonos exclusivamente en las reglas sintácticas del castellano, esta última expresión parece no tener sentido.

El artículo 1948, inciso 1º CCCol. establece: “*El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte*”.

En la hipótesis en que la rescisión por lesión enorme se pronuncie contra el vendedor, ¿qué es lo que se aumenta en una décima parte? ¿El exceso del precio recibido? ¿O el justo precio respecto del cual se determinará el exceso del precio recibido?

El profesor César Gómez Estrada explica el caso con total claridad,

¹²² Sobre este punto, consúltese: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - OÑATE ACOSTA, Tatiana, *Técnica de redacción de contratos* (Bogotá, Universidad del Rosario - Cámara de Comercio de Bogotá, 2005), pp. 28 s.

¹²³ El artículo no precisa el sujeto de quien se predica que “podrá pedir que se rebaje la pena”. ¿Cualquier persona? ¿Sólo las partes? ¿O quien tenga un interés legítimo para hacerlo? Sin embargo, del contexto de la norma se puede inferir la proposición hace referencia al contratante obligado a pagar la pena excesiva. Y, del contexto del sistema en general, se podría afirmar que otros terceros interesados también podría solicitar la mencionada rebaja, tales como el fiador.

utilizando argumentos puramente sintácticos: “Ahora, si el lesionado fue el comprador y por tanto la sentencia se profirió contra el vendedor, este está facultado para impedir que la rescisión efectivamente se produzca, con solo que restituya al comprador el excedente del precio recibido, sobre el justo precio aumentado en una décima parte [...]. Lo que se pone de presente en vista de que, debido a caso a que la redacción del texto se presta para ello, según otra interpretación se hace aumentando en un diez por ciento la diferencia entre el precio total recibido por el vendedor y el justo precio [...]. Así habría de ser, efectivamente, si el texto, en la frase que origina las dos interpretaciones, rezara de esta manera: ‘[...] o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentado en una décima parte’, pues entonces, sí sería evidente que el aumento en la décima parte se estaría refiriendo al exceso sobre el justo precio, y no al justo precio mismo; pero al no figurar el signo de coma allí, necesario es entender que es esto último lo que en realidad sucede”¹²⁴.

Con los anteriores ejemplos, vemos cómo del orden y las conexiones entre las palabras puede depender, en gran medida, la norma que el juez interprete partiendo del texto de la disposición.

3. “Los problemas lógicos de la interpretación son aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto¹²⁵”. Respecto de esta clase de problemas, limitaremos nuestro análisis a los denominados “inconsistencias” y “redundancias” y dejaremos de lado las “lagunas”¹²⁶, que ya fueron comentadas someramente en la primera parte de este ensayo, y las “presuposiciones”¹²⁷, que resultan

¹²⁴ GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles* (Bogotá, Temis, 2008), pp. 144 s.

¹²⁵ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), p. 164.

¹²⁶ “Una laguna es una situación no regulada; el sistema contiene demasiado pocas normas y la dificultad sólo puede ser superada mediante el agregado de una nueva norma al sistema. En cambio, en el caso de contradicción tenemos una superabundancia de normas: el sistema contiene demasiadas normas y la solución del problema exige la eliminación de por lo menos una de las normas contradictorias”: ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sobre el concepto de orden jurídico. Análisis lógico y Derecho*, cit. (n. 21), p. 406.

¹²⁷ “Hay falsas presuposiciones fácticas cuando, por ejemplo, una ley califica a una sustancia inocua de veneno, o prohíbe la pesca en un área que ahora es desértica, o reglamenta la navegación en un río que ya no es navegable, o dispone que la administración debe consultar a un organismo que ya no existe. [...] Hay falsas presuposiciones jurídicas cuando una norma hace presuposiciones incorrectas o defectuosas sobre el contenido del Derecho vigente o respecto de situaciones jurídicas específicas. Por ejemplo, que en California la mayoría de edad se adquiere a los 30 años, o que las mujeres no tienen Derecho al sufragio o que una cierta zona se encuentra bajo una

menos complejas desde un punto de vista teórico.

Existe inconsistencia entre dos normas cuando éstas tienen un supuesto de hecho igual, pero establecen dos sanciones incompatibles¹²⁸. La inconsistencia es total-total “[...] cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra”¹²⁹; la inconsistencia es total-parcial cuando una de las normas puede ser aplicada en ciertas circunstancias sin entrar en conflicto con la otra, pero, esta última, siempre que se vaya a aplicar, entrará en conflicto con la primera; la inconsistencia es parcial-parcial cuando ambas normas tienen campos de aplicación en los cuales entran en conflicto y campos de aplicación en donde no hay conflicto alguno.

Ahora bien, la lógica puede ayudar a establecer la existencia de inconsistencias normativas, pero, no puede solucionarlas¹³⁰. Para tal fin, los jueces se sirven de la ordenación de las normas¹³¹, “[...] lo que supone que una norma considerada, por alguna razón, como superior o más importante, prevalece sobre otra, considerada inferior o menos importante. [...]. [L]a ordenación exige el empleo de ciertos criterios que permitan establecer relaciones jerárquicas entre los elementos del sistema. Tales relaciones pueden ser establecidas por el legislador y hallarse contenidas en las normas jurídicas mismas, o determinadas mediante criterios generales basados en la fecha de promulgación de una norma (criterio cronológico), el rango de la autoridad que dictó la norma (criterio jerárquico) o el grado de generalidad de los contenidos normativos (criterio material). También pueden ser impuestas por el juez mediante el uso de

autoridad municipal diferente de la que en realidad le corresponde”: ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), p. 169.

¹²⁸ La incompatibilidad puede resultar por ser contradictorias o contrarias. Dos normas son contradictorias cuando una obliga a hacer una cosa y otra prohíbe hacer la misma cosa (en las mismas circunstancias). Dos normas son contrarias cuando una obliga a hacer una cosa y otra obliga a hacer otra cosa diferente (en las mismas circunstancias). Véase: ECHAVE, Delia Teresa - URQUIJO, María Eugenia - GUIBOURG, Ricardo, *Lógica, proposición y norma* (Buenos Aires, Astrea, 2002), pp. 86 s.

¹²⁹ ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sobre el concepto de orden jurídico*, en *Análisis lógico y Derecho*, cit. (n. 21), p. 406.

¹³⁰ ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sobre el concepto de orden jurídico*, en *Análisis lógico y Derecho*, cit. (n. 21), p. 407.

¹³¹ Es importante precisar que la inconsistencia se predica de las normas y no de las formulaciones normativas. Por tal razón, el juez se puede valer de las herramientas interpretativas semánticas para evitar las incompatibilidades y así, como sostiene Ricardo Guarinoni, “sortear el laberinto pasando por encima”. Véase: GUARINONI, Ricardo Víctor. *Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas*. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_21.pdf

determinados criterios subjetivos de preferencia”¹³².

En el Derecho colombiano, estos criterios no sólo encuentran sustento legal en disposiciones como el artículo 10 del *Código Civil*¹³³ y los artículos 1 a 49 de la Ley N° 153, de 1887, sino que, además, han integrado el lenguaje corriente de la “comunidad jurídica”. En la práctica se les conoce como “*lex posterior*”, “*lex superior*” y “*lex specialis*”¹³⁴.

Veamos algunos ejemplos:

El artículo 867, inciso segundo, del *Código de Comercio* colombiano establece: “*Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquélla*”; mientras que el artículo 1601 inciso 1° CCCol., antes comentado, dispone la pena no puede ser superior al duplo de la obligación principal.

Una situación como ésta podría, en principio, solucionarse mediante el criterio de la *lex specialis* (criterio material) que llevaría a sostener que la ley civil –general– se aplicará con la limitación impuesta por la ley comercial –especial–. Ahora bien, si en lugar del criterio de la *lex specialis* aplicáramos el de la *lex posterior* (criterio cronológico) tendríamos que concluir que la primera norma sería derogada tácitamente por la segunda (artículo 71 inciso 2°, CCCol.).

El texto del artículo 2035 CCCol. disponía: “*La mora de un período entero en el pago de la renta, dará Derecho al arrendador, después de dos reconvenciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días*”;

¹³² MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*; cit. (n. 17), p. 75.

¹³³ Artículo 10: Derogado; L. N° 57/887, artículo 45: Subrogado; L. N° 57/887, artículo 5°: “*Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.* [Inciso 2°] *Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:* 1. *La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.* 2. *Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública*”. Es importante tener en cuenta también las precisiones hechas por los artículos 4 de la *Constitución Política* y 5 del *Código Sustantivo del Trabajo* (artículo 20).

¹³⁴ Un estudio general, claro y conciso sobre su utilización en: BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho* (traducción castellana de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 2002), pp. 177-207.

sin embargo, el artículo 43 de la Ley N° 820, de 2003, que establece el régimen de arrendamiento de vivienda urbana derogó expresamente esta disposición (artículo 71 inciso 3°, CCCol.).

Si el campo de aplicación del artículo 2035 CCCol. era general –“arrendamiento de casas almacenes u otros edificios”– respecto de aquél de las disposiciones de la Ley N° 820 de 2003 –“arrendamiento de vivienda urbana”–, ¿por qué aplicar una derogación expresa basada en el criterio de la *lex posterior* (cronológico) y no utilizar, más bien, la simple ordenación, a través del criterio de la *lex specialis* (material)¹³⁵?

El caso de la cláusula de reserva de dominio en el Derecho privado colombiano resulta muy ilustrativo: hasta antes de la Ley N° 45 de 1930 (artículos 1 y 2) que derogó la norma original consagrada en el artículo 1931 CCCol. encontrábamos en una inconsistencia total-total dentro del mismo *Código*. Su artículo 750 establece: “*La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese./ [Inciso 2°] Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición*”. Y el artículo 1931 prescribe: “*La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente*”.

La norma consagrada en el inciso 2° del artículo 750 CCCol. establece que el vendedor puede reservarse el dominio de la cosa vendida hasta el pago del precio, mientras que el artículo 1931, en su versión original, establecía que el vendedor no puede (le está prohibido) reservarse el dominio de la cosa vendida hasta el pago – ya que la norma a la cual el artículo 1931 reenvía, el artículo 1930, consagra, simplemente, la facultad que tiene el acreedor contractual insatisfecho de solicitar la ejecución forzosa o la resolución del contrato¹³⁶.

¹³⁵ Ahora bien, el criterio material presenta más complicaciones que los criterios jerárquico y cronológico, ya que estos últimos se refieren a parámetros externos al contenido de las normas –dimensión semántica–, como son la posición jerárquica de la autoridad que profirió las normas y su fecha de promulgación, mientras que aquél no sólo debe establecer que los significados de las normas resultan incompatibles, sino que, además, debe justificar que una de ellas debe ser vista como una excepción. “Establecer si el legislador tenía en mente una excepción cuando sancionó la norma general o la especial no es fácil, ya que para asegurarlo hay que partir del mito del legislador racional, con una voluntad única y consistente a través del tiempo, lo que choca con la experiencia cotidiana”: GUARINONI, Ricardo Víctor, cit. (n. 131), p. 553.

¹³⁶ “[U]na prohibición (o una obligación) está en contradicción con una permisión, cuando el uso de la permisión hace lógicamente imposible el cumplimiento de

El criterio de la *lex specialis* (criterio material) no permitía resolver la inconsistencia ya que las dos normas tenían el mismo grado de especialidad: regulaban el contrato de compraventa —el artículo 750 a pesar de encontrarse en el capítulo denominado “*De los bienes y de su dominio, posesión y goce*”, su inciso 2º se refiere sólo al contrato de compraventa—.

El criterio de la *lex superior* (criterio jerárquico) tampoco servía para solucionar el problema, puesto que ambas disposiciones se hacían parte del *Código Civil*.

Mediante el criterio de la *lex posterior* (criterio cronológico) no se llegaba tampoco a ninguna solución puesto que ambas disposiciones pertenecían al texto original del *Código Civil* colombiano y, por ende, fueron promulgadas al mismo tiempo.

Así las cosas, para resolver este impasse, los intérpretes tuvieron que modificar el sentido de la expresión “*lex posterior*” de suerte tal que no hiciera referencia a la norma promulgada con posterioridad (criterio cronológico), sino, simplemente, a la regla posterior en el texto del *Código*, a saber su artículo 1931, que se encuentra después del artículo 750¹³⁷. Ahora bien, el criterio cronológico se fundamenta en la suposición de que el legislador conoce las normas del sistema¹³⁸ y, por consiguiente, si consagra una regla que contradiga una norma anterior es porque, en principio, decidió cambiar la solución adoptada; pero, ¿cuál sería la fundamentación del criterio de la *lex posterior*, entendido sencillamente como la disposición que se encuentra más adelante en el orden del texto, máxime si tenemos en cuenta que el legislador no redactó los códigos siguiendo el orden de los artículos?

En 1930, la Ley N° 45 (artículos 1 y 2) derogó el artículo 1931 y lo reemplazó por el siguiente texto: “*La cláusula de no transferirse el dominio de*

la prohibición (obligación) y viceversa”: ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sobre el concepto de orden jurídico*, en *Análisis lógico y Derecho*; cit. (n. 21), p. 407.

¹³⁷ El artículo 2 de la Ley N° 153 de 1886 se presta para ello debido a su carácter ambiguo: “*La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior*”.

¹³⁸ Sin embargo, esto no es más que una ficción, ya que el criterio se aplicaría aun si se lograra demostrar que el legislador desconocía la existencia de la norma anterior. “[L]as ficciones legales son recursos empleados para extender ciertas consecuencias jurídicas a entidades distintas de aquellas para las cuales fueron originalmente previstas. La función básica de las ficciones es establecer que, en ciertos casos, determinadas cuestiones deben ser tratadas, mediante asimilación, según las reglas previstas para otras cuestiones”: MENDONÇA, Daniel, *Estudio preliminar*, en KELSEN, Hans - FULLER, Lon - ROSS, Alf, *Ficciones jurídicas* (México, Fontamara, 2003), p. 17.

los bienes raíces sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo 1930 del Código Civil, y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho del inmueble, o los derechos que hubiere constituido sobre el mismo, en el tiempo intermedio. [Inciso 2º] *La cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fe”.*

Esta disposición consagra dos normas diferentes: una que prohíbe la cláusula de reserva de dominio en caso de que se vendan bienes inmuebles y otra que la permite cuando se vendan muebles. La inconsistencia se resuelve, entonces, mediante los criterios de la *lex specialis* o de la *lex posterior*¹³⁹.

Adicionalmente, al artículo 952 del *Código de Comercio* colombiano permite la cláusula de reserva de dominio tanto para inmuebles como para muebles y el artículo 954 del mismo ordenamiento, a su vez, la prohíbe para los muebles destinados para la reventa y para los inmuebles por adhesión con independencia del predio a que acceden. Todas estas inconsistencias se resuelven fácilmente a través del criterio de la *lex specialis* —o, incluso, de la *lex posterior*—; pero esto no garantiza que el sistema general sea coherente, en el sentido de que las diferencias de regímenes jurídicos en la materia obedezcan a razones uniformes y justificadas¹⁴⁰.

Vemos cómo los criterios utilizados para solucionar las inconsistencias que existen entre las normas del sistema resultan muy útiles en la práctica, pero, su aplicación no obedece a una necesidad lógica y carece de certitud¹⁴¹. “Así, sobre la base del análisis anterior, cabría afirmar que el criterio cronológico cede siempre ante el jerárquico y en ocasiones ante el material; el criterio material cede en ocasiones ante el cronológico y casi siempre ante el jerárquico; el criterio jerárquico no cede ante el cronológico, pero

¹³⁹ La situación actual del Derecho chileno es muy similar a la colombiana antes de la reforma de 1930 y la expedición del *Código de Comercio*. Un excelente estudio al respecto en: CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reserva de propiedad, ¿garantía eficaz en el Derecho chileno?* en *Revista Chilena de Derecho* 27 (Santiago, 2000) 1, pp. 29-49; y CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Les nouvelles fonctions de la propriété: la propriété retenue à titre de garantie. Rapport chilien*, en *Journées Vietnamiennes. “La Propriété”* (Paris, Travaux de l’Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2006), LIII, pp. 403-417.

¹⁴⁰ Una completa explicación sobre la reglamentación de la cláusula de reserva de dominio en el Derecho privado colombiano se encuentra en GÓMEZ ESTRADA, César, cit. (n. 124), pp. 118-120.

¹⁴¹ Un interesante intento de establecer parámetros más seguros para su utilización en: GUARINONI, Ricardo Víctor, cit. (n. 131).

su supremacía no se impone necesariamente ante el material. Todo esto depende, desde luego, de cuestiones contingentes, como la consagración positiva de soluciones, tradiciones judiciales o, incluso, en casos extremos, de consideraciones valorativas, políticas o morales”¹⁴².

Ahora bien, cuando el juez resuelve una inconsistencia mediante el uso de los criterios antes analizados ¿crea o aplica Derecho? Personalmente, creo que antes que pretender encontrar una respuesta a este interrogante, hay que tratar de precisar las ambigüedades a que da lugar y, una vez esclarecida la situación, se puede entrar a determinar si la pregunta tiene una respuesta. Como no vale la pena repetir todo el ejercicio que se realizó en la primera parte de este ensayo, me limitaré a analizar dos preguntas distintas que podrían inferirse del interrogante original:

La primera: ¿la utilización de los criterios de la *lex posterior*, *lex superior* y *lex specialis* implica la creación de normas jurídicas?

Antes que nada hay que precisar que estos criterios no se los inventa el juez para cada caso concreto sino que, por el contrario, son de uso general en la práctica judicial y, además, tienen sustento legal (principalmente, los artículo 10 CCCol. y 1 a 49 de la Ley N° 153 de 1887). Cosa distinta es que su utilización no esté regida por reglas estrictas que determinen de forma clara y precisa cuál de ellos se va a aplicar en cada caso –y la jerarquía precisa que existe entre ellos mismos–. Así, pues, el juez goza de una importante discrecionalidad para la aplicación de los criterios de resolución de inconsistencias. Si a esto lo quieren llamar “crear” o, más bien, “aplicar” es una cuestión que, en mi opinión, no tiene ninguna importancia –se trataría tan sólo de una definición estipulativa–.

La segunda: cuando el juez resuelve una inconsistencia, mediante la ordenación de las normas, ¿crea Derecho?

De forma preliminar, es importante hacer ciertas distinciones: por un lado, la ordenación del sistema se diferencia de la hipótesis de las lagunas, ya que en este caso el juez “redacta” una nueva norma para resolver un caso que no encuentra solución dentro de las normas del sistema. Por el otro, la ordenación se distingue también de la derogación de normas, que consiste en un acto legislativo –se promulga una nueva norma– que expulsa una norma del sistema de normas existentes –sin embargo, hay que tener siempre en cuenta las particularidades de la retroactividad, la ultractividad, la protección de derechos adquiridos y de expectativas (artículos 17 a 47 L. N° 153/1887)–.

La ordenación se limita a establecer jerarquías de aplicación entre nor-

¹⁴² MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*; cit. (n. 17), p. 76.

mas contrarias o contradictorias con el fin de eliminar las inconsistencias del sistema, pero, ¿qué pasa con la norma que se descarta, que se deja de lado para darle prioridad a la que se considera superior en la jerarquía?

Si una norma está en contradicción con otra superior en la jerarquía de fuentes (*lex superior*), la primera será inválida y el juez debe no aplicarla o, incluso, en caso de que la norma sea inconstitucional, la Corte Constitucional tiene que *anularla* mediante la constatación de su invalidez llamada inexecutable. ¿Declarar una norma inexecutable es crear Derecho? En las hipótesis en que los jueces descartan normas del sistema mediante los criterios de la *lex posterior* y *lex specialis*, ¿crean Derecho? Y si la jurisprudencia constante de las altas cortes descarta siempre una norma haciendo alusión a estos criterios, ¿se crea Derecho? En mi opinión, poco importa como respondamos a estas preguntas—la respuesta siempre implicará una definición estipulativa—, lo realmente importante es tener claro que la norma anulada o, incluso, excluida mediante ordenación es tan inaplicable como una norma derogada¹⁴³.

“Cuando en un sistema normativo una norma ha sido formulada dos veces, es decir, cuando hay dos formulaciones que expresan la misma norma, “[...], entonces el sistema resulta redundante respecto de esa norma y la formulación redundante puede ser eliminada, sin que el sistema se modifique”¹⁴⁴.

Respecto de las redundancias el intérprete puede reconocerlas y entender que las dos formulaciones expresan una misma norma o, por el contrario, negarla e interpretar una norma diferente de cada formulación normativa. Veamos un ejemplo de cada caso:

El artículo 1546 CCCol. establece: “*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.* / [Inciso 2º] *Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*”.

Y el artículo 1930 dispone: “*Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá Derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios*”.

Éste último ha sido tradicionalmente entendido como una mera repetición, dentro de régimen especial de la compraventa, de lo dispuesto por el legislador en la teoría general del contrato del *Código Civil*¹⁴⁵.

¹⁴³ *Ibíd.*, pp. 132-134.

¹⁴⁴ ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, *Sobre el concepto de orden jurídico*, en *Análisis lógico y Derecho*; cit. (n. 21) p. 393.

¹⁴⁵ Consúltese al respecto: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *La resolución*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *Los contratos en el Derecho privado*, cit. (n. 106), pp. 247-276.

ii) El artículo 2341 CCCol. reza: “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”.

Y el artículo 2356 del mismo Código establece: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*” [Inciso 2°] *Son especialmente obligados a esta reparación:* 1) *El que dispara imprudentemente un arma de fuego;* 2) *El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche;* 3° *El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino*”.

Tradicionalmente se entendió que la segunda disposición era sólo como una repetición que ilustraba con ejemplos el régimen de responsabilidad por culpa probada establecido por el artículo 2341; sin embargo a partir de la década de 1930, la Corte Suprema de Justicia colombiana comenzó a interpretar el texto del artículo 2356 como la disposición que consagraba un régimen especial de responsabilidad por actividades peligrosas y, de esta forma, negó la redundancia del sistema¹⁴⁶.

¿Cuándo se aceptan y cuándo se niegan las redundancias? Personalmente, tiendo a pensar que el intérprete es dado a aceptar que el legislador redactó dos disposiciones que expresan la misma norma cuando no tiene ningún interés particular en alterar el sistema, y cuando, por el contrario, desea modificar el ordenamiento atribuyéndole un nuevo significado a las palabras de una formulación, se sirve de la redundancia como un argumento más para fundamentar su decisión¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Véase: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano*, en PIZARRO WILSON, Carlos (editor), *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2004), I, pp. 235-247.

¹⁴⁷ Se da por supuesto que una ley no contiene redundancias y una coincidencia aparente de dos normas, por lo tanto, lleva a interpretar una de ellas de tal manera que la aparente redundancia desaparezca. Pero no es posible sostener que existe un principio incondicional de interpretación según el cual no puede haber redundancias. Es menester tomar en cuenta la posibilidad de que quien tuvo a su cargo redactar la ley no advirtiera la coincidencia (en especial, si se trata de una redundancia que surge de comparar la ley con una norma anterior); o la posibilidad de que por razones históricas se deseó poner de relieve un punto de vista particular; o que para proporcionar un cuadro general (en beneficio, particularmente, del lector no experimentado) se consideró necesario incluir en el texto material que, de otro modo, tendría que ser buscado en otra parte (enunciados *ex toto*): ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*; cit. (n. 23), pp. 168 s.

En materia de interpretación de contratos hay una disposición que sirve de apoyo para tal procedimiento, el artículo 1620 CCCol. que reza: “*El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*”.

Creo que tiene toda la razón Robert Summers cuando sostiene: “Normalmente, excepto en los casos en los que hay errores de redacción obvios [...], se niega a los jueces cualquier poder de reescribir las leyes. En este mismo sentido, generalmente, se niega a los jueces cualquier poder de reescribir los contratos. A pesar de la simetría de la negación [...], la inmodificabilidad, es menor en el caso de los contratos que en el de las leyes. Es decir, los tribunales están más dispuestos a reescribir contratos, sobre argumentos sustantivos, que a reescribir leyes utilizando el mismo tipo de argumentos”¹⁴⁸.

Para tal fin suelen ser de mucha utilidad ciertas disposiciones del *Código Civil* colombiano, como las siguientes: i) artículo 1621: “*En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.* / [Inciso 2º] *Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen*”; ii) artículo 1622: “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.* / [Inciso 2º] *Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.* / [Inciso 3º] *O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*”.

4. Los problemas semánticos¹⁴⁹ de la interpretación se refieren al significado de las palabras o de las frases de los textos normativos. “Debe recordarse, en particular, que la mayor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas, esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre; y que el significado preciso de una palabra en una situación específica está siempre en función de la unidad total o entidad: la expresión como tal, en el contexto y la situación”¹⁵⁰.

Dentro de esta óptica, el artículo 30 CCCol. dispone: “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía*”.

¹⁴⁸ SUMMERS, Robert. *Las leyes y los contratos como fuentes de razonamiento forma*, en *La naturaleza formal del Derecho* (traducción castellana de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2001), p. 141.

¹⁴⁹ Semántica: “Estudio del significado de los signos lingüísticos y de sus combinaciones, desde un punto de vista sincrónico y diacrónico”: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (Madrid, 2001), II, p. 2.042.

¹⁵⁰ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), p. 170.

Así, pues, la célebre metáfora según la cual el juez “descubre el significado de la ley” se refiere o al significado que le atribuyó el legislador –de forma cierta o presunta– o a aquél que en circunstancias semejantes le atribuyen los otros jueces –respecto del cual ejerce una especial influencia los significados que le acuerdan las altas Cortes– o, en últimas, el sentido que, según el juez, corresponde mejor a los ideales de justicia por los cuales el sistema debe propender. “El juez atribuye cortésmente a la voluntad real o hipotética del legislador todo aquello que él considera correcto”¹⁵¹.

El juez entra entonces a definir las palabras de las formulaciones normativas, de acuerdo con el uso que de éstas haga “la comunidad de hablantes del Derecho”, principalmente los jueces y la doctrina. Ahora bien, en su tarea de definir, los jueces pueden adoptar el significado que normalmente se le atribuye a esa expresión o, excepcionalmente, atribuirle un significado nuevo¹⁵², como sucedió con el texto del artículo 2356 CCCol., a cuyas expresiones la jurisprudencia les endilgó nuevos sentidos con el fin de utilizarlo como fundamento legal de un régimen objetivo de responsabilidad civil extracontractual –cuyo supuesto de hecho no exige la valoración de la conducta del demandado con el fin de establecer la culpa–¹⁵³.

Pero, ¿cuáles son los límites que debe respetar el juez para interpretar normas de los textos normativos? Éstos, en principio, no parecen muy claros. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana establece un control de las atribuciones de significados hechas por los jueces de instancia, mediante el recurso de casación (artículo 368 N° 1 C.Pol.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 185.

¹⁵² “Cuando el jurista o el juez se enfrentan con textos legales aparentemente inconciliables, disponen de una primera alternativa de solución del problema ‘sin alterar el sistema’, asignando a las formulaciones normativas interpretaciones según las cuales sea posible hacerla compatibles. [...] Con ello se modifica el sistema, pero el cambio permanece encubierto bajo la ambigüedad de la expresión ‘norma jurídica’, la cual es utilizada tanto para hacer referencia a las significaciones de ciertos textos legales como a los textos mismos. Después de todo, la ‘norma’ en el segundo sentido permanece incólume”: RODRÍGUEZ, Jorge, cit. (n. 27), p. 266.

¹⁵³ Es importante precisar que la jurisprudencia colombiana excluyó todo juicio de valor respecto del comportamiento del agente como condición para condenarlo a indemnizar, pero, sigue sirviéndose del vocablo “culpa” en la justificación de su discurso. Véase: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano*, cit. (n. 146); MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio general de responsabilidad por culpa del Derecho privado colombiano*, en *Reformas en el Derecho civil francés y perspectivas para el Derecho chileno*. Association Henri Capitant (Santiago, Universidad del Desarrollo, 2007), pp. 17-33; y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual del Derecho colombiano*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 12 (2006), pp. 125-137.

Col.) y considera como “errores de hecho” a aquéllas interpretaciones que tergiversan el sentido natural de los textos, analizados de forma sistemática¹⁵⁴, lo cual parece hacer referencia a un control por consideraciones pragmáticas en la forma del sentido común¹⁵⁵.

Ahora bien, en principio, los jueces no se sientan en sus despachos a mirar los códigos con el fin de definir las palabras que allí se encuentran, sino que la atribución de significado a los textos normativos adquiere su verdadera importancia cuando éstos se van a aplicar a los casos de la vida real. Hay ciertos hechos –tomo este vocablo en su sentido más general– respecto de los cuales el juez sabe fácilmente que la norma es aplicable –casos fáciles–, pero otros frente a los que esto no resulta evidente –casos difíciles– y, por consiguiente, definir si entran o no en el supuesto de hecho de la norma implica precisar el significado de las palabras de ésta¹⁵⁶. ¿Conducir una bicicleta es una actividad peligrosa (artículo 2356 CCCol.)?, ¿arreglar el calentador de gas es una reparación locativa (arts. 1985 y 1998 CCCol.)?

Si el uso de la palabra está definido, de forma más o menos clara, el intérprete, en principio, no puede entrar a cambiarlo. Por ejemplo, el artículo 2346 CCCol. establece: “*Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa* [...]”. Un juez no podría entonces exonerar de responsabilidad por su hecho propio (artículo 2341 CCCol.) a un mayor de diez años calificándolo, simplemente, de “adolescente” y considerando que todos los adolescentes son dementes.

Pero hay situaciones que no parecen tan claras. Por ejemplo, el artículo 2345 CCCol. establece que: “*El ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa*”. ¿Entraría en el supuesto de hecho de esta norma quien consumió marihuana, cocaína, anfetaminas o valium? En principio, parecería razonable que el juez definiera “ebrio”¹⁵⁷ como “persona cuyas

¹⁵⁴ Consúltese: C.S.J., Cas. Civ., 7/02/2008, M. P. William Namén Vargas, ref. 2001-06915-01; y Cas. Civ. 27 de agosto de 1971, M. P. Ernesto Cediel Ángel, en *GJ*. 139, N^{os} 2346-2351, pp. 124-133.

¹⁵⁵ Véase: ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), p. 182.

¹⁵⁶ “Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. [...] Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (“Es indudable que un automóvil es un vehículo”). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (“La palabra ‘vehículo’, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”): HART, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998), pp. 157 s.

¹⁵⁷ “Ebrio: embriagado por la bebida”: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de*

facultades mentales se hallan alteradas debido al consumo de sustancias psicotrópicas”¹⁵⁸ y, de esta forma, aplicara la norma a casos que, de lo contrario se hallarían excluidos “sin justificación”, ya que el legislador no tuvo en cuenta una situación que debía haber tomado en consideración (laguna axiológica). También podría, simplemente, argumentar que lo dispuesto por el 2345 CCCol. se aplica “*a pari*” para los casos de consumo de otras drogas –lícitas o ilícitas– ya que las razones que justifican la sanción para la hipótesis contemplada son las mismas que para aquellas no contempladas. Ahora, una interpretación extensiva de este tipo implica siempre la identificación de su ratio, es decir, de la finalidad que fundamenta la norma. “Esto equivale a ascender de la norma al ‘principio’ que la funda como su justificación”¹⁵⁹.

Pero, no debemos olvidar que una persona bajo el efecto de tales sustancias puede carecer, completamente o en gran medida, de capacidad de reflexión y, por ende, ser considerado temporalmente “demente”, en los términos del artículo 2346 CCCol. ¿Habría entonces una inconsistencia entre las dos normas?

Nuevamente el juez podría precisar el significado de “ebrio” y decir que el consumo de sustancias psicotrópicas que alteran las facultades mentales tiene que ser “voluntario”. De esta forma, no sólo se evitaría la contradicción con lo dispuesto por el artículo 2346, sino que, además, se excluirían del campo de aplicación del artículo 2345, por ejemplo, los casos en que personas víctimas de robos en los que se utilizan fármacos causan luego daños. Para tal fin, se podría argumentar teleológicamente y sostener que la finalidad de la norma es sancionar el comportamiento culposo que consiste en consumir voluntariamente dichas sustancias, como causa mediata del daño, y no una supuesta culpa de la persona que padece una demencia transitoria, como causa inmediata del daño. Ahora bien, lo que aún no estaría definido es si los daños causados por estas personas se someterían al régimen de responsabilidad por actividades peligrosas interpretado a partir del texto del artículo 2356 CCCol. y en el cual no se exige que el agente haya actuado con culpa.

Vemos cómo estos significados son adjudicados por el juez, así argumente que corresponden al espíritu del legislador o que son el resultado natural de la interpretación sistemática de las reglas. “Si esta

la lengua española (Madrid, 2001), I, p. 785.

¹⁵⁸ Sobre las distintas alteraciones mentales causadas por las diferentes drogas, consúltese: ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos* (Barcelona, Anagrama, 1997).

¹⁵⁹ GUASTINI, Riccardo, *Introducción a las técnicas interpretativas*, en *Distinguiendo*, cit. (n. 27), p. 221.

adjudicación de sentido no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará guiada por standards valorativos, sociales, políticos, económicos, etc., a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la inclusión o exclusión. Estos criterios adicionales son los que dan fundamento a la decisión; no la regla o reglas del orden jurídico, que simplemente no se oponen a ella”¹⁶⁰. Como dice Aarnio: “Así, por una parte, la forma de vida es el nexo que une el lenguaje y la realidad y, por otra, es el factor que crea la interacción entre los individuos. Por esta razón, es totalmente erróneo y superficial decir que los puntos de partida hermenéuticos aceptan la teoría de la interpretación simplemente como una cuestión que se encuentra a nivel del lenguaje. Sería igualmente equivocado vincular una opinión que subraya la relatividad de los valores con la pura arbitrariedad. La vida social y la sociedad en sí mismas crean en gran medida contactos entre las personas y, a través de ellos, los valores y las valoraciones son también cuestiones sociales que pertenecen a grupos de individuos. Los valores son justamente tan intersubjetivos como lo es la sociedad en sí misma”¹⁶¹.

Pero, para solucionar los casos de la vida real, el juez no sólo debe interpretar las palabras de las formulaciones normativas sino también los hechos del mundo propiamente dichos, ya que éstos no tienen ni significado ni función intrínsecos¹⁶². Significado y función son necesariamente atribuidos por el observador y dependen, en gran medida, del código de valores e intereses que utilice. Partiendo de esta premisa, podemos entender que unos mismos movimientos corporales pueden ser descritos como acciones distintas: “el presidente de la compañía trazó unas líneas con su bolígrafo sobre un papel”, “el presidente firmó el contrato para la fusión de la compañía”, “el presidente salvó a la compañía de la ruina”. Dentro de esta óptica, tendremos tantas acciones como descripciones podamos hacer¹⁶³, pero, ¿hasta qué punto puede el juez considerar que se trata de

¹⁶⁰ CARRIÓ, Genaro, cit. (n. 3), p. 57.

¹⁶¹ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable* (traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), p. 278.

¹⁶² “En lo que atañe a la naturaleza, intrínsecamente considerada, no hay hechos funcionales más allá de los hechos causales. El añadido de la asignación de función es relativo al observador”: SEARLE, John, *La construcción de la realidad social* (traducción castellana de Antoni Doménech (Barcelona, Paidós, 1997), p. 34.

¹⁶³ “Me propongo llamar ‘efecto acordeón’ a la característica, muy conocida en nuestro lenguaje, en virtud de la cual la acción de un hombre puede describirse tan estrecha o ampliamente como nos plazca, porque un acto, como el instrumento musical plegadizo, puede apretarse y reducirse al mínimo o bien puede estirarse. Dio la vuelta a la llave, abrió la puerta, asustó a Pedro, mató a Pedro; podemos decir que todas éstas son cosas que Juan hizo mediante una serie idéntica de movimientos corporales”: FEINBERG, Joel, *Action and Responsibility*, en WHITE, Alan (editor), *The Phi-*

hechos distintos susceptibles que calificarse en normas diferentes y, por ende, dar lugar a sanciones distintas?

Por ejemplo: “El Estado X impidió la realización de las obras”, “El Estado X incumplió la obligación nacida del contrato internacional”, “El Estado X incumplió el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) celebrado entre los dos países”. ¿Hasta qué punto se justificaría que estas dos acciones interpretadas de unos mismos hechos dieran lugar a la aplicación de dos sanciones –“contract claims” y “treaty claims”–? ¿No conduciría esto a situar en el campo del Derecho internacional público esta clase de conflictos contractuales¹⁶⁴?

¿Hasta qué punto se puede sostener que unos mismos hechos dan lugar a que se interponga el recurso de anulación contra un laudo arbitral (artículo 163 D. 1818/1998, artículo 72 L. N° 80/1993 y artículo 22 L. N° 1150/2007) y, al mismo tiempo, la acción de tutela –recurso de amparo– por violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, como lo estableció recientemente la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-058/2009¹⁶⁵? ¿No llevaría esto a aplicar directamente a todas las situaciones los principios constitucionales?

losophy of Action (s.l., Oxford University Press, 1968), p. 106, citado por GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción* (Alicante, Universidad de Alicante, 2001), p. 38. Consúltense también: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Derecho y acción*, en DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel - GARCÍA AMADO, Juan Antonio (editores), *Estudios de filosofía del Derecho penal* (Bogotá, Externado de Colombia, 2006), pp. 109-135.

¹⁶⁴ Véase una síntesis de los argumentos de la posición contraria en: FADLALLAH, Ibrahim. *La distinction ‘Treaty Claims - Contract Claims’ et la compétence de l’arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route?* en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (editor), *El arbitraje en el Perú y el mundo* (Lima, Magda, 2008), pp. 819-829.

¹⁶⁵ “En todo caso, es preciso anotar que en virtud de los artículos 8 y 9 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela puede ser presentada de manera simultánea con otras acciones administrativas o judiciales, pues la finalidad y alcance de estas acciones son diferentes, los fundamentos de las mismas no necesariamente guardan relación entre sí y los jueces de conocimiento tienen competencias y facultades precisas para decidir cada una de ellas. Así las cosas, se entiende que la interposición de la acción de tutela de manera simultánea con la presentación una acción o recurso, por sí sola no hace improcedente la solicitud de amparo constitucional”: C. Const., T-058/2009, M. P. Jaime Araújo Rentería. El 15 de noviembre de 2007 se interpuso el recurso de anulación ante el Consejo de Estado, quien avocó conocimiento mediante auto de 15 de febrero de 2008 y el 1 de abril de 2009 –dos meses después de la sentencia de la Corte Constitucional– resolvió anular el laudo proferido el 7 de noviembre de 2007. Véase: C.E.S., Cont. Adm., sec. 3ª, 1 de abril de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, ref. 34.846.

Un estudio completo sobre “la búsqueda del significado”¹⁶⁶ supera ampliamente los objetivos de este ensayo, que no pretende más que resaltar las dificultades a las que se enfrenta el juez cuando decimos que “interpreta el Derecho” y poner de manifiesto que su labor es mucho más que un simple paseo por los laberintos del lenguaje¹⁶⁷. Dice Aarnio: “A menudo se ha pensado que la interpretación es puramente un fenómeno semántico. Según esta opinión, la interpretación trata de palabras y oraciones sin salir del lenguaje hacia la realidad misma. La interpretación sería, pues, una cuestión lingüística (un Sprachproblem). Quienes sustentan esta opinión han malentendido el concepto del lenguaje, se puede decir que el análisis del lenguaje es específicamente el análisis de cuestiones concretas (de Sachprobleme). El análisis del lenguaje es el análisis de la forma de vida. A través de éste, podemos entender específicamente nuestra vida, los actos que componen nuestra forma de vida”¹⁶⁸.

III. CONCLUSIÓN

Intentar responder a la pregunta “cuando interpreta, ¿el juez crea o aplica Derecho?”¹⁶⁹, no sólo parece un sinsentido, sino que, además, nos deja la sensación de que el ejercicio resulta completamente inútil y de que lo realmente importante es saber cómo procede el juez en la práctica cuando debe resolver un caso preciso.

Todo jurista que haya tenido alguna experiencia práctica en materia judicial sabe perfectamente que, en lo que concierne a la interpretación, existe una gran dicotomía entre la teoría de la doctrina y la realidad de las normas y de su aplicación cotidiana: por un lado tenemos la teoría que la explica como una operación perfectamente reglada y exacta, mientras que, por el otro, nos enfrentamos a la realidad de los jueces, humanos cuyas decisiones no sólo se hayan determinadas por las normas –como ellos las entienden– sino, también, por sus sentimientos y concepciones sobre lo “justo” y lo “correcto”.

Pero, ¿cómo puede el juez fallar los casos particulares “respetando la

¹⁶⁶ Véase: VALDÉS VILLANUEVA, Luis, cit. (n. 92).

¹⁶⁷ Un interesante estudio sobre la interpretación en Colombia, vista desde una perspectiva novedosa en CÁRDENAS REY, Pablo, *La relación literatura y Derecho en la interpretación: Un paralelo entre la historia de la teoría literaria y el concepto de interpretación en la Conciencia Jurídica Loca*: <http://biblioteca.uniandes.edu.co/acepto42.php?id=00003353>

¹⁶⁸ AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*; cit. (n. 161), p. 277.

¹⁶⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*, cit. (n. 11), p. 274, proposición 6^a,5.

letra de la ley” y, a la vez, “adaptándola a las necesidades específicas de la situación de que debe resolver”? ¿Cómo puede el juez cumplir con su noble y compleja misión?

Pues, para resolver este impasse el propio discurso jurídico le dio la solución: los argumentos interpretativos¹⁷⁰ (“*a pari*”, “*a fortiori*”, “*a contrario*” “*a rubrica*”, “psicológico”, “*sedes materiae*”, “*ab auctoritate*”, “histórico”, “teleológico”, “económico”, “*a coherentia*”, “*ad absurdum*”, “pragmático”)¹⁷¹.

“Las máximas de interpretación varían de un país a otro. Pero, en todas partes, muestran las mismas características, fundamentalmente: son conjuntos sistemáticos de frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios. Dado que no existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable”¹⁷².

Así, pues, el mismo sistema dota al juez de las herramientas necesarias para que cuando desee aplicar la sanción de una norma a una situación que no entra dentro del supuesto de hecho de ésta, se sirva del razonamiento analógico –argumento *a pari*– o sostenga la existencia de un principio implícito¹⁷³. Si su intención es restringir la aplicación de la norma a cierto número de casos, puede utilizar la interpretación *a contrario* –o argumentar que las hipótesis enunciadas en el texto son *numerus clausus*–; si, por el contrario, lo que busca es no aplicar una norma a una situación que corresponde a su supuesto de hecho, puede tratar de argumentar que el caso en cuestión se trata de una excepción implícita –normas *prima*

¹⁷⁰ Sobre lo que se entiende por “argumentar” y “argumentación”, consúltese: DUFOUR, Michel, *Argumenter. Cours de logique informelle* (Paris, Coll. U Armand Colin, 2008).

¹⁷¹ Una clara y concisa explicación de cada uno de estos argumentos en: MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*; cit. (n. 17), pp. 56-64; y GUASTINI, Riccardo, *Introducción a las técnicas interpretativas*, en *Distinguiendo*; cit. (n. 27), pp. 211-235.

¹⁷² ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), p. 190.

¹⁷³ “[...] Una primera técnica de construcción consiste en la ‘inducción’ de normas generales [...] a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional. [...] Una segunda técnica de construcción consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones –a los fines, las intenciones, los valores- del legislador. Es lo que se hace cada vez que se obtiene la ratio de una norma (o de un complejo de normas). [...] Tales conjeturas en torno a las razones del legislador son obviamente discrecionales”: GUASTINI, Riccardo, *Principios de Derecho y discrecionalidad judicial*, en *Estudios de Derecho constitucional* (traducción castellana de Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2003), pp. 139-141.

facie— y que, por ende, la regla es derrotable¹⁷⁴. Según Ross: “[S]i el juez desea dar una decisión que se encuentre en la zona dudosa de la regla (interpretación especificadora) o que incluso es contraria al ‘significado lingüístico natural’ (interpretación restrictiva o por extensión), entonces busca apoyo para el resultado deseado doquiera pueda hallarlo. Si el informe de la comisión redactora de la ley puede ofrecer tal apoyo, se lo cita; si no puede ofrecerlo, se lo ignora. Cuando hay superposición de reglas, el juez goza de gran libertad, pues ello le ofrece amplia posibilidad para justificar el resultado deseado. Además, la interpretación restrictiva puede lograrse recurriendo al propósito probable de la ley. Las interpretaciones extensivas se apoyan en el argumento de que están reunidas las condiciones para el uso de la analogía. Si al juez no se le ocurre ninguna otra posibilidad, puede recurrir a meros postulados acerca de la supuesta intención del legislador, presumiendo simplemente que éste tiene que haber querido lo que es deseable para el propio juez”¹⁷⁵.

Así realizan su trabajo los jueces, en general, y nuestro amigo el juez municipal, en particular. Y me atrevería a afirmar que, en medio de su labor, difícilmente se cuestionan “¿esto que hago es aplicar o crear Derecho?”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Por ejemplo, respecto de la norma: “Está prohibido estacionarse frente a la estación de policía”, podrían entenderse como excepciones implícitas las siguientes: “salvo cuando el conductor del vehículo se encuentre en una emergencia médica”, “salvo cuando se trate de la escolta del Presidente, en visita oficial”, entre otras cuyo número no podemos determinar previamente. Consúltese al respecto: MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego*, cit. (n. 23), pp. 49-56; SUMMERS, Robert, *Forma y sustancia en el razonamiento jurídico*, en *La naturaleza formal del Derecho*, cit. (n. 148), pp. 117-124; ENDICOTT, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del Derecho* (traducción castellana de Pablo Navarro, México, Fontamara, 2004), pp. 73-83; y BAYÓN, Juan Carlos - RODRÍGUEZ, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).

¹⁷⁵ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*; cit. (n. 23), p. 189. “El juez no admite en forma abierta, por lo tanto, que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley”: ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*; cit. (n. 23), pp. 175 s.

¹⁷⁶ Un importante sector de la doctrina sostiene que el juez frente a algunos casos aplica el Derecho, mientras que frente a otros lo crea. Consúltese al respecto: HART, Herbert, *Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño*, en CASANOVAS, Pompeu - MORESO, José Juan (editores), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (Barcelona, Crítica, 1943), pp. 327-350; y MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, cit. (n. 17), pp. 39-41.

Vemos cómo el mismo sistema jurídico colombiano le permite al juez pasar de la rigidez de la interpretación literal a la flexibilidad a través de distintos mecanismos, a saber los criterios para resolver las inconsistencias y redundancias en el sistema, los argumentos interpretativos, la vaguedad de los textos¹⁷⁷ –tanto de las disposiciones que se interpretan como de aquéllas que establecen los parámetros de interpretación (artículos 28 a 30, 1618 a 1624 CCCol. y 823 CCom. Col.)– y la apreciación de los hechos mismos; pero, ¿cuáles son los límites? Si las facultades del juez para interpretar los textos son tan imprecisas, mal podríamos pensar que los límites serían exactos y definidos. No tenemos otra opción que aceptarlos por lo que son: estándares vagos¹⁷⁸, pero, no por ello menos útiles.

Dentro de esta perspectiva, la interpretación debe estar de acuerdo con i) las reglas de consistencia, “[l]a ausencia de contradicción interna significa que un enunciado y su negación no pueden existir al mismo tiempo en la misma configuración de justificación”¹⁷⁹; ii) las reglas de eficiencia, “[l]as partes en la interpretación no sólo deben tener un lenguaje común sino que también deben usar cada expresión de una manera uniforme.

¹⁷⁷ “Junto con el otorgamiento de concesiones expresas de discrecionalidad que dan a los jueces facultades para desarrollar el Derecho, la vaguedad es una de las fuentes más importantes de discrecionalidad judicial [...] [E]l contexto puede responder y generalmente responde (e.g. determina) a preguntas sobre la aplicación de las palabras”: ENDICOTT, Timothy. *La vaguedad en el Derecho*, cit. (n. 174), pp. 23-49.

¹⁷⁸ “Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular las provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica ‘mecánica’. [...] Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae una relativa indeterminación de propósitos”: HART, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998), p. 160.

“Los estándares abstractos son vagos, y el Derecho de una comunidad necesariamente incluye estándares abstractos. [...] El sentido de una norma contra la conducción peligrosa es dar al Derecho la técnica inespecífica que necesita para controlar conductas que varían de manera tal, que convierte en inútiles las reglas específicas. [...] Los estándares abstractos son a menudo elaborados con (establecidos mediante) términos evaluativos extremadamente vagos, tales como ‘peligroso’, ‘imprudente’, ‘razonable’. [...] El Derecho, al igual que el lenguaje, no debe establecer distinciones arbitrarias, sin sentido”: ENDICOTT, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del Derecho*, cit. (n. 174), pp. 78, 79-83.

¹⁷⁹ AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, cit. (n. 161), p. 254.

Una parte en la interpretación no puede cambiar inesperadamente el juego del lenguaje sin justificar el cambio en el uso del lenguaje. Un cambio inesperado en las convenciones lingüísticas perturba todo el discurso”¹⁸⁰; iii) las reglas de sinceridad, “[l]a exigencia de honestidad significa que un participante no puede invocar una justificación que sabe es inválida”¹⁸¹; y iv) las reglas de generalización, “[u]n participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares. [...] La violación de la regla de universalidad conduce al uso de razones que están sólo conectadas con la situación en cuestión”¹⁸². Son, por así decirlo, argumentos ad hoc cuyo poder justificatorio no va más allá de una situación particular”¹⁸³.

A estos límites, precisamente, se refiere la Corte Suprema de Justicia colombiana cuando, en materia de interpretación de contratos, sostiene: “Por supuesto, la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del *dominus negotii*, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está ceñida a “la fidelidad” del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568) y “a la consecución prudente y reflexiva” del sentido recíproco de la disposición

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 254 s.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 255.

¹⁸² ¿Cómo justificar que la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-189/2006 (y la Ley N° 2 de 1959, artículo 13), llame a alguien “propietario” de un predio rural –denominado “parques nacionales naturales”–, pero que, a la vez, le prohíba enajenarlo y explotarlo para la caza, pesca y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta de la del turismo? Esta decisión, ¿cuántas de las reglas que limitan la interpretación respeta? Véase al respecto: TERNERA BARRIOS, Francisco - MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Propiedad o pseudo propiedad: el cuchillo sin hoja al que le falta el mango*, en *Controversias constitucionales*, cit. (n. 89), pp. 387-413.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 256.

“La ‘justicia del caso individual’ que se invoca en contraste con la ‘justicia de las normas’ ha llegado a ser en los últimos años un leitmotiv más bien generalizado en el ámbito de varias orientaciones posmodernas de la teoría del Derecho. [...] Cuáles sean los criterios en función de los que el juez debería determinar caso por caso en esta ‘justicia reequilibradora’ de los defectos sociales sigue siendo asunto del todo misterioso; parece más bien que los sostenedores de esta orientación no desean siquiera imaginar ‘decisiones según criterios’, y pretendan que el juez no pueda hacer otra cosa que decidir los casos individuales según una especial sensibilidad suya para la tutela de los sujetos discriminados. No parece que haya necesidad de mayores ahondamientos para entender que aquí se concibe una decisión desvinculada de cualquier regla [...] y, por lo tanto, remitida exclusivamente a la sensibilidad individual del juez”: TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (traducción castellana de Beatriz Quintero, Bogotá, Temis, 2006), pp. 182 s.

(cas. agosto 14/2000, exp. 5577)¹⁸⁴.

En este orden de ideas, incurrirá en un error de hecho –proferirá una sentencia arbitraria– el juez que no deduce la solución adoptada de las reglas del sistema, las definiciones en juego y los hechos del proceso, que le asigna a las palabras un sentido que contradice de forma grosera el significado que normalmente tienen en el lenguaje de los juristas –que no corresponde a su forma de vida–¹⁸⁵. En pocas palabras, es arbitraria la interpretación que choca contra los postulados del sentido común¹⁸⁶.

Vemos cómo, en el Derecho colombiano, se le concede una amplia, aunque limitada, libertad al juez para que pueda conciliar la generalidad de las palabras de los textos con la increíble e inagotable diversidad de situaciones que se presentan a diario en la vida real¹⁸⁷. Pero, ¿qué resta entonces de la máxima que dice que los jueces deben apegarse al texto de la ley? ¿En qué queda el papel del juez como aplicador y garante de la literalidad de la ley? Personalmente, creo que estas no son más que expresiones ceremoniosas y eufemísticas¹⁸⁸. “En nuestro lenguaje está depositada toda una mitología”¹⁸⁹. Cohen añade: “El Derecho no es una ciencia sino una actividad práctica, y los mitos pueden impresionar la imaginación y la memoria en casos de que un discurso más exacto dejara fríos los espíritus”¹⁹⁰.

¹⁸⁴ C.S.J., Cas. Civ., 7/02/2008, M. P. William Namén Vargas, ref. 2001-06915-01.

¹⁸⁵ “Verdadero y falso es lo que los hombres dicen; y los hombres concuerdan en el lenguaje. Ésta no es una concordancia de opiniones sino de forma de vida”: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*, cit. (n. 13), p. 217, proposición 241^a.

¹⁸⁶ “La certeza jurídica de los individuos requiere que la acción de las autoridades pueda ser anticipada, al menos dentro de un cierto margen. Esto, a su vez, está vinculado con la exigencia de igual tratamiento. Si un cierto caso es resuelto en la forma *A* en un determinado momento y en la forma *B* en otro, no existe igualdad entre los miembros de la sociedad. Por otra parte, es evidente que si es imposible anticipar la aplicación del Derecho, tampoco es posible planificar sensatamente las actividades”: AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, cit. (n. 161), p. 217.

¹⁸⁷ “En definitiva, las palabras tienen la tendencia a ser generales, es decir, a designar múltiples objetos del mundo al mismo tiempo y la realidad, por su parte, es una increíble e inagotable diversidad de objetos particulares y concretos. Esta diferencia esencial entre la naturaleza de la realidad y aquella del lenguaje es fuente de confusiones”: SILVA ROMERO, Eduardo, cit. (n. 13), p. 53.

¹⁸⁸ Consúltese: COHEN, Morris R., cit. (n. ***), pp. 117 s.

¹⁸⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Observaciones sobre La rama dorada de Frazer*, en *Ocasiones filosóficas. 1912-1951* (traducción castellana de Ángel García Rodríguez, Madrid, Cátedra, 1997), p. 152.

¹⁹⁰ COHEN, Felix S. cit. (n. 97), p. 22.

Si este mito resulta útil o no¹⁹¹, es algo que no podemos responder sin antes hacer un análisis psicológico y sociológico profundo, pero, lo que sí resulta evidente es que ningún jurista que haya tenido algún contacto con la práctica puede, honestamente, creerlo al pie de la letra¹⁹². Por esto resulta tan desconcertante el trabajo más reciente de un ilustre teórico del Derecho colombiano¹⁹³ en donde, sin analizar ningún caso de nuestra realidad cotidiana y sirviéndose principalmente de seductores, pero imaginarios, ejemplos¹⁹⁴, llega a la conclusión de que los jueces realizan su labor

¹⁹¹ Algunos de los teóricos del Derecho más importante defienden su utilidad: “El buen legislador no está en situación de poder renunciar a una corrección de la ley, necesaria en ciertas circunstancias. Pues tiene que contar, de antemano, con casos que ni ha previsto ni podía prever; sus normas generales no podían referirse sino a los casos típicos y corrientes. [...] No le quedaba, pues, otra posibilidad que poner en manos del juez esta decisión; exponiéndose, por otra parte, al peligro de que éste, como legislador delegado, decida también según su criterio en algunos casos en los que el legislador primitivo hubiera querido ver aplicada su ley [...]. Para evitar este peligro, formúlase la autorización para prescindir de la ley, de forma que el juez no tiene aún conciencia clara del extraordinario poder que le es atribuido”: KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho* (traducción castellana de Luis Legaz, México, Colofón, s. d.), pp. 71 s. Mientras que otros, simplemente, parecen aceptar las cosas tal y como son, sin tratar de buscar razones que la justifiquen: “Probablemente no hay razón para que nos preocupemos por este ficcionalismo en la administración de justicia, sea que el propio juez crea o no la fachada de argumentación expresa lo que realmente motivó su decisión. Y sin una investigación a fondo de psicología social no nos animamos siquiera a negar que es probable que esa ficción tenga incluso efectos socialmente beneficiosos”: ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit. (n. 23), p. 191.

¹⁹² “Paul Veyne sugiere que el culto al emperador romano no se apoyaba en una creencia sustancial acerca de la divinidad de éste [...]. [E]n caso de verdadera emergencia, los súbditos siempre se dirigían a las divinidades tradicionales.; creían en el emperador tanto como los niños creen en Santa Claus y, sin embargo, preguntan a sus padres acerca del precio de los regalos de navidad”: ELSTER, Jon, *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad* (traducción castellana de Enrique Lynch, Barcelona, Península, 1988), pp. 75 s.

¹⁹³ LÓPEZ MEDINA, Diego, Eduardo. *La letra y el espíritu de la ley* (Bogotá, Universidad de los Andes - Temis, 2008).

¹⁹⁴ A título de ilustración: “Todos conocen la historia de Aladino y la lámpara. Aladino la encuentra, la frota y de ella sale el genio, convertido ahora en su esclavo. Aladino puede pedirle al genio lo que quiera, pero el genio es literalista en exactamente el mismo sentido en que lo pueden ser los literalistas jurídicos [...]. Así, por ejemplo, si Aladino ama locamente a una mujer y le pide al genio ‘su mano’, es posible que el genio se la presente, cortada y todavía sangrante sobre una bandeja de plata. El genio es poderoso y peligroso a la vez [...]. El Derecho es una estrategia de interpretación simbólica parecida a la lámpara mágica. Las reglas, se dice, resuelven los casos de antemano, pero el litigante, al comenzar el juicio, se siente siempre en situación de radical indeterminación. ‘Uno nunca sabe’ en realidad cómo reverbera-

completamente apegados a la letra de la ley y de que, por ende, resulta indispensable replantear la práctica de la interpretación judicial, con el fin de implantar lo que él denomina un “finalismo remedial”.

Ante una postura como aquélla, sólo vienen a mi cabeza las palabras del gran filósofo alemán: “El hombre tiene un instinto irrevocable para creer que no lo ven cuando él no ve. Como los niños que se tapan los ojos para no ser vistos”¹⁹⁵.

[Recibido el 6 de octubre y aprobado el 10 de noviembre de 2009].

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social* (traducción castellana de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2000).
- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable* (traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- AGUILÓ, Josep. *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica* (México, Fontamara, 1999).
- ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea, 1993).
- AUSTIN, John L., *Le langage de la perception* (traducción francesa de Paul Gochet, Paris, Vrin, 2007).
- AUSTIN, John Langshaw, *Cómo hacer cosas con palabras* (traducción castellana de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós, 1990).
- BAYÓN, Juan Carlos - RODRÍGUEZ, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho* (traducción castellana de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 2002).
- BULYGIN, Eugenio, *Creación y aplicación del Derecho*, en *Lagunas del Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (Madrid, Marcial Pons, 2005).
- BULYGIN, Eugenio, *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, en *Lagunas del Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (Madrid, Marcial Pons, 2005).
- BULYGIN, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961).
- BULYGIN, Eugenio, *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, en AL-

rán las palabras de la ley en el resultado del caso”: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *La letra y el espíritu de la ley* (Bogotá, Universidad de los Andes - Temis, 2008), pp. 131 y 132.

¹⁹⁵ LICHTENBERG, Georg Christophe, *Aforismos* (Santiago, traducción castellana de Juan Villoro, Fondo de Cultura Económica, 1995), p. 271.

- CHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- BUREAU, Dominique - MUIR WATT, Horatia, *Droit international privé* (Paris, Puf, 2007).
- CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del Derecho* (México, Fontamara, 1997).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reserva de propiedad, ¿garantía eficaz en el Derecho chileno?* en *Revista Chilena de Derecho* 27 (Santiago, 2000) 1.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno. *La resolución en el Derecho chileno*, en GAITÁN MARTÍNEZ José Alberto - MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (editores), *La terminación del contrato* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2007).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno. *Les nouvelles fonctions de la propriété: la propriété retenue à titre de garantie. Rapport chilien*, en *Journées Vietnamiennes. “La Propriété”* (Paris, Travaux de l’Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2006), LIII.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction* (Paris, PUF, 1995).
- CÁRDENAS REY, Pablo. *La relación literatura y Derecho en la interpretación: Un paralelo entre la historia de la teoría literaria y el concepto de interpretación en la Conciencia Jurídica Loca*. <http://biblioteca.uniandes.edu.co/acepto42.php?id=00003353>
- CARNAP, Rudolf. *Filosofía y sintaxis lógica* (traducción castellana de César Molina, México, UNAM, 1998).
- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994).
- CATALA, Pierre, *Interprétation et qualification dans l’avant-projet de réforme des obligations, en Études offertes à Geneviève Viney* (Paris, LGDJ, 2008).
- COHEN, Félix S., *El método funcional en el Derecho* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962).
- COHEN, Morris R. *Introducción a la lógica* (traducción castellana de E. de Gortari, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1995).
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo* (traducción castellana de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2004).
- COPI, Irving - COHEN, Carl, *Introducción a la Lógica* (traducción castellana de Edgar Antonio González Ruiz, México, Limusa, 2002).
- CRANE, Tim, *La mente mecánica. Introducción filosófica a mentes, máquinas y representación mental* (traducción castellana de Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 2008).
- CRUZ PARCERO, Juan, *El concepto de Derecho subjetivo* (México, Fontamara, 1999).
- DEUMIER, Pascale, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, en *Archives de Philosophie du Droit 50: La création du droit par le juge* (Paris, Dalloz, 2007).
- DUFOUR, Michel, *Argumenter. Cours de logique informelle* (Paris, Coll. U Armand Colin, 2008).
- ECHAVE, Delia Teresa - URQUIJO, María Eugenia - GUIBOURG, Ricardo, *Lógica, proposición y norma* (Buenos Aires, Astrea, 2002).
- ELSTER, Jon, *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad* (traducción castellana de Enrique Lynch, Barcelona, Península, 1988).
- ENDICOTT, Timothy, *La vaguedad en el Derecho* (traducción castellana de Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007).

- ENDICOTT, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del Derecho* (traducción castellana de Pablo Navarro, México, Fontamara, 2004).
- ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos* (Barcelona, Anagrama, 1997).
- FADLALLAH, Ibrahim, *La distinción 'Treaty Claims - Contract Claims' et la compétence de l'arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route?* en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (editor), *El arbitraje en el Perú y el mundo* (Lima, Magda, 2008).
- FEINBERG, Joel, *Action and Responsibility*, en WHITE, Alan (editor), *The Philosophy of Action* (s.l., Oxford University Press, 1968).
- FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique* (Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, 2007).
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico* (México, Fontamara, 1999).
- GÉNY, François, *Méthode d'interprétation* (Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932).
- GIMENO PRESA, María Concepción, *Interpretación y Derecho. Análisis de la obra de Riccardo Guastini* (Bogotá, Externado de Colombia, 2001).
- GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles* (Bogotá, Temis, 2008).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y norma en G.H. Von Wright* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Derecho y acción*, en DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel - GARCÍA AMADO, Juan Antonio (editores), *Estudios de filosofía del Derecho penal* (Bogotá, Externado de Colombia, 2006).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción* (Alicante, Universidad de Alicante, 2001).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Lima - Bogotá, Palestra - Temis, 2005).
- GUARINONI, Ricardo Víctor, *Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas*. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_21.pdf
- GUASTINI, Riccardo, *Los juristas a la búsqueda de la ciencia*, ahora en GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (traducción castellana de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999).
- GUASTINI, Riccardo, *Principios de Derecho y discrecionalidad judicial*, en *Estudios de Derecho constitucional* (traducción castellana de Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2003).
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (traducción castellana de M. Carbonell y P. Salazar, Madrid, Trotta - UNAM, 2008).
- HART, Herbert L. A., *Definición y teoría en la ciencia jurídica*, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962).
- HART, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998).
- HART, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998).
- HART, Herbert, *Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño*, en CASANOVAS, Pompeu - MORESO, José Juan (editores), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (Barcelona, Crítica, 1943).

- HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales* (traducción castellana de Genaro Carrió, México, Fontamara, 1997).
- JESTAZ, Philippe, *La qualification en Droit civil, La qualification* (Paris, Puf, 1994).
- JHERING, Rudolf von, *El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía*, en *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum* (traducción castellana de Tomás Banzhaf, Madrid, Civitas, 1993).
- KELSEN, Hans - BULYGIN, Eugenio - WALTER, Robert, *Validez y eficacia del Derecho* (Buenos Aires, Astrea, 2005).
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado* (traducción castellana de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995).
- LICHTENBERG, Georg Christophe, *Aforismos* (Santiago, traducción castellana de Juan Villoro, Fondo de Cultura Económica, 1995)..
- LÓPEZ MEDINA, Diego, Eduardo. *La letra y el espíritu de la ley* (Bogotá, Universidad de los Andes - Temis, 2008).
- LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, *Droit international privé* (Paris, Dalloz, 1999).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano*, en PIZARRO WILSON, Carlos (editor), *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2004).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *La resolución*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *Los contratos en el Derecho privado* (Bogotá, Legis - Universidad del Rosario, 2007).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *Introducción general. El Derecho de los contratos: entre lo general y lo especial*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco. *Los contratos en el Derecho privado* (Bogotá, Legis - Universidad del Rosario, 2007).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual del Derecho colombiano*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 12 (2006).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco, *La teoría general del contrato en el Derecho privado colombiano: entre el Código de Bello y el Código de Comercio*, ahora en MARTINIC, María Dora - TAPIA, Mauricio (editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (Santiago, Universidad de Chile - LexisNexis, 2005), I.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - OÑATE ACOSTA, Tatiana, *Técnica de redacción de contratos* (Bogotá, Universidad del Rosario - Cámara de Comercio de Bogotá, 2005).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *Constitucionalización del Derecho privado*, en *Controversias constitucionales* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2009).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio general de responsabilidad por culpa del Derecho privado colombiano*, en *Reformas en el Derecho civil francés y perspectivas para el Derecho chileno. Association Henri Capitant* (Santiago, Universidad del Desarrollo, 2007).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La influencia del Code Civil y la doctrina francesa en el Derecho de las obligaciones colombiano*, en PIZARRO WILSON, Carlos - TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores) *De la codificación a la descodificación. Cuadernos de análisis jurídicos* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2005).
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional*, en *Revista Internacional de Arbitraje* 7 (Bogotá, Legis, julio-diciembre 2007).

- MENDONÇA, Daniel - SAPENA Josefina, *Sentencia arbitraria. Análisis de la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia* (Asunción, Intercontinental, 2006).
- MENDONÇA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución* (Bogotá, Universidad el Rosario, 2009).
- MENDONÇA, Daniel, *Estudio preliminar*, en Kelsen, Hans - Fuller, Lon - Ross, Alf, *Ficciones jurídicas* (México, Fontamara, 2003).
- MENDONÇA, Daniel, *Las claves del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 2000).
- MENDONÇA, Daniel, *Los derechos en juego* (Madrid, Tecnos, 2003).
- MONTOYA MATEUS, Fernando, *Interpretación del contrato en el Derecho colombiano*, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (editor), *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (Lima, Grijley - Universidad Externado de Colombia - Rubinzal-Culzoni, 2007), II.
- NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica* (Madrid, Trotta, 2007).
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires, Astrea, 2005).
- NÚÑEZ, Antonio José, *Manifiesto por una justicia constitucional responsable* (Bogotá, Legis - Instituto Desarrollo y libertad, 2005).
- OPPETIT, Bruno. *L'émergence de la lex mercatoria, ahora en Droit et modernité* (Paris, Puf, 1998).
- OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational* (Paris, LGDJ, 1992).
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española* (Madrid, 2001).
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).
- ROSS, Alf. "Tú-Tú" (traducción al castellano de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976).
- ROSS, Alf. *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*,
- ROSS, Alf, *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas*, en *El concepto de validez y otros ensayos* (traducción castellana de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001).
- ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho* (traducción castellana de Julio Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997).
- ROSS, Alf, *Lógica de las normas* (traducción castellana de José Hierro, Madrid, Tecnos, 1971).
- ROSS, Alf, *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?* en *El concepto de validez y otros ensayos* (traducción castellana de Genaro Carrió, Eugenio Bulygin, México, Fontamara, 2001).
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia* (traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1997).
- ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho* (traducción castellana de José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008).
- SAUCA, José María, *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas* (México, Fontamara, 2001).
- SCHLEICHERT, Hubert, *Cómo discutir con un fundamentalista sin perder la razón. Introducción al pensamiento subversivo* (traducción castellana de Jesús Alborés, Madrid, Siglo Veintiuno, 2004).

- SCHREIBER, Ruppert, *Lógica del Derecho* (traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1999).
- SEARLE, John, *La construcción de la realidad social* (traducción castellana de Antoni Doménech, Barcelona, Paidós, 1997).
- SEARLE, John, *Metáfora*, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis (editor), *La búsqueda del significado* (Madrid, Tecnos, 2000).
- SEARLE, John, *La construcción de la realidad social* (traducción castellana de Antoni Doménech, Barcelona, Paidós, 1997).
- SILVA ROMERO, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit* (Paris, PUF, 2002).
- SUMMERS, Robert, *Las leyes y los contratos como fuentes de razonamiento forma*, en *La naturaleza formal del Derecho* (traducción castellana de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2001).
- TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (traducción castellana de Beatriz Quintero, Bogotá, Temis, 2006).
- TERRÉ, François, *Volonté et qualification, Archives de Philosophie du Droit : Le role de la volonté dans le droit* (Paris, Dalloz, 1957).
- TERRÉ, François, *Un juge créateur de droit? Non, merci!*, en *Archives de Philosophie du Droit 50: La création du droit par le juge* (Paris, Dalloz, 2007).
- VALENCIA ZEA, Arturo - ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil. Parte general y personas* (15ª edición, Bogotá, Temis, 2000), I.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos* (traducción castellana de José Luis Martí y Ágüela Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005).
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón* (traducción castellana de Francisco Gracia Guillén, Madrid, Tecnos, 2001).
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Observaciones sobre La rama dorada de Frazer*, en *Ocasiones filosóficas. 1912-1951* (traducción castellana de Ángel García Rodríguez, Madrid, Cátedra, 1997), p. 152.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas* (traducción castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Crítica, 1988).
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus* (traducción castellana de Luis M. Valdés Villanueva, Madrid, Tecnos, 2002).
- WRIGHT, Georg-Henrik von, *Norma y acción. Una investigación lógica* (traducción castellana de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979).
- WRUBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho* (traducción castellana de F. Ezquiaga y J. Igartua, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003).