

La hermenéutica judicial en la Constitución Política de 1991*

Legal Hermeneutics in the 1991 Constitution

Hermenêutica jurídica em Constituição de 1991

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2012

Fecha de evaluación: 10 de abril de 2012

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2012

JUAN GUILLERMO DURÁN MANTILLA**

RESUMEN

Este artículo, dirigido ante todo a estudiantes de filosofía, teoría y argumentación del derecho, desarrolla algunos aspectos del artículo 230 de la Constitución Política de 1991. Tal artículo se refiere a las fuentes de derecho que vinculan a los jueces en sus fallos. De esta forma se desarrollan los siguiente aspectos: a) el estilo lingüístico y los alcances de las fuentes del derecho, en comparación con la Constitución de 1886 (artículo 163); b) el carácter iuspositivista o iusnaturalista de ambas normas hermenéuticas, donde se sostiene que son normas ancladas a la Constitución y a la ley, pero con alcance moderado (iuspositivismo moderado); c) la jerarquía relativa, circular o circunstancial de las fuentes del derecho; d) la interpretación de los derechos humanos con base en tratados internacionales ratificados por el Congreso como criterio superior frente al artículo 230; e) la importancia de la equidad como “criterio auxiliar” de interpretación.

Palabras clave: hermenéutica, fuentes del derecho, equidad y analogía, iuspositivismo, iusnaturalismo, criterio auxiliar, casos oscuros.

* Artículo de reflexión.

** Doctor en Derecho, Universidad de Navarra (España). Magíster en Derecho Canónico, Pontificia Universidad Javeriana. Abogado, Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: jduran@ucatolica.edu.co

ABSTRACT

This article, intended primarily for students of law philosophy, theory and argumentation, develops some aspects of Article 230 of the Constitution of 1991. It refers to the sources of law that bind judges in their judgments. This paper will develop the following aspects: a) the linguistic style and scope of the sources of law, compared to the 1886 Constitution (Article 163), b) the jus positivist or jus naturalist character in their legal hermeneutics, which have standards that are anchored to the Constitution and the law, but with moderate scope (moderate jus positivism); c) the relative, circular or circumstantial hierarchy from law sources; d) the interpretation of human rights based on international treaties ratified by Congress as a higher standard against Article 230; e) the importance of equity as “auxiliary criterion” of interpretation.

Keywords: hermeneutics, law sources, equity and analogy, jus positivism, natural law, auxiliary criterion, obscure cases.

RESUMO:

Este artigo, destinado principalmente para estudantes de filosofia, teoria e argumentação jurídica, desenvolve alguns aspectos do artigo 230 da Constituição de 1991. Este artigo refere-se às fontes de direito que se ligam os juízes em seus julgamentos. Isto irá desenvolver os seguintes aspectos: a) o estilo lingüístico eo alcance das fontes do direito, em comparação à Constituição de 1886 (artigo 163), b) os jus positivistas caráter, ou jus naturalistas em sua hermenêutica jurídica, que têm normas que são ancorada na Constituição e na lei, mas com alcance moderado (juspositivism moderada), c) a hierarquia relativa, fontes circulares ou circunstancial de direito, d) a interpretação dos direitos humanos com base em tratados internacionais ratificados pelo Congresso e melhor nível contra o artigo 230 e) a importância do patrimônio como “critério auxiliar” de interpretação.

Palavras-chave: hermenêutica, fontes do direito, a equidade ea analogia, o positivismo Jus, o direito natural, o critério auxiliar, casos obscuros.

BREVE AMBIENTACIÓN HISTÓRICA DE LA APARICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: UNA SITUACIÓN CRÍTICA GENERALIZADA EN EL PAÍS

En el 2011, la Constitución Política de Colombia de 1991 conmemoró su vigésimo aniversario. En junio de 1991 se promulgaba una nueva Constitución bajo la dirección de tres fuerzas políticas confluyentes en la Asamblea Nacional Constituyente: el conservatismo, encabezado por Álvaro Gómez Hurtado, el Liberalismo, liderado por Horacio Serpa Uribe, y el M-19, liderado por Antonio Navarro Wolff. El país político se aglutinaba en un gran “contrato social”, en medio de la zozobra de

asesinatos de candidatos a la Presidencia de la República, de un narcotráfico rampante, de violencia generalizada, pero, al mismo tiempo, de un deseo profundo de renovación, de unidad, de cambio y de paz (Serpa Uribe, 2001).

Novedad general de la Constitución Política de 1991: su énfasis en lo social

¿Era realmente “nueva” dicha Constitución o estaba basada en la anterior, la de 1886? Es obvio que desde un punto de vista teórico político, la Constitución de 1991 conservaba el esquema general de las constituciones liberales provenientes de la Ilustración de los siglos XVII y XVIII, hijas, en ese sentido, de Locke y Montesquieu, en tanto

reconocían los derechos civiles y políticos y proponían la tridivisión del poder político, fundamentalmente. Pero la Constitución de 1991 contaba con nuevos elementos: una definición del Estado colombiano como “Estado social de derecho” y la consideración de los derechos de la persona humana: sociales, económicos, culturales y del medio ambiente.

En consecuencia, la Constitución de 1991 tiene un sello característico que lo podríamos resumir así: “es una Constitución más social que la anterior”. No sobra decir que lo social es una fuerza cultural, política y jurídica de las sociedades occidentales que ha venido arrollando desde el siglo XIX. Si los siglos anteriores al XIX fueron esencialmente políticos –de desarrollo vertiginoso de teorías políticas, en especial desde *El príncipe* de Maquiavelo–, a partir del XIX lo imperante hasta hoy es lo político-jurídico-social. Así lo vemos en el socialismo premaxista (Saint-Simon, Owen, Fourier, Proudhon), en el socialismo marxista (Marx, Engels), en el catolicismo social (Lacordaire, Ozanam), en la doctrina social de la Iglesia (con encíclicas que van desde la *Rerum novarum* del papa León XIII en 1891, hasta la encíclica *Deus caritas est* de Benedicto XVI en el 2005), en la socialdemocracia, en el socialismo de Estado, etc.

LA HERMENÉUTICA JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

No obstante el inmenso panorama desde el cual se puede reflexionar la Constitución Política de fines del siglo XX en Colombia, conservadora en su esquema teórico liberal e innovadora en su sentido social, quiero detenerme solamente en un aspecto de ella: la hermenéutica de los jueces en sus sentencias. Esto lo hago en tanto cultivador que soy de la filosofía jurídica; filosofía que entre sus temas más actuales potencia la hermenéutica judicial.

Empecemos por visualizar un cambio desde el punto de vista del *lenguaje* respecto de la Constitución anterior promulgada bajo la presidencia de Rafael Núñez. Recordemos los dos artículos constitucionales, en clave de hermenéutica de los jueces en sus fallos:

- a. El artículo 230 de la Constitución Política de 1991 dice: “Los jueces, en sus providencias, solo 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”.
- b. El artículo 163 de la Constitución Política de 1886 decía: “Toda sentencia deberá ser motivada”.

En el estilo del lenguaje se ve un cambio: mientras la Constitución del 91 es más prolija, la del 86 es más escueta. La primera tiene treinta y dos palabras, mientras la segunda tiene cinco. Es una observación sencilla, que además vale para el conjunto de la Carta del 91. Esta creció en artículos: cuenta con 380, frente a la del 86 que solo tiene 218. Una diferencia, pues, de 162 artículos. Así, la Constitución del 86 tiene más parecido, por ejemplo, con la Constitución norteamericana, breve por excelencia y que de por sí propicia un mayor margen hermenéutico. Este era el viejo anhelo de Tomás Moro en su célebre *Utopía*, en la que decía que las normas deben ser las menos posibles (¿utopía también para nosotros? Es de no dudarlo, al examinar de manera sumaria la historia de nuestros ordenamientos legales positivos, los cuales experimentan un gigantismo de normas). El ordenamiento legal norteamericano, como causa y reflejo del modo de ser jurídico anglosajón, es amplio y propenso a la jurisprudencia, en comparación con el modo de ser latino nuestro: más legalista y propenso a la mayor regulación legal posible.

No sobra añadir aquí que el lenguaje es de por sí, y ante todo su uso, bastante significativo para el derecho, tal como la filosofía analítica –y la filosofía jurídica analítica en concreto– han puesto de relieve con tanto ahínco. Al respecto, Kaufmann (1999, p. 86), al tratar la teoría analítica del derecho de Hart, resume que esta se dedica a analizar lógicamente el uso del lenguaje. Por su parte, Legaz (1979) también resume a Hart con las siguientes palabras: “De lo que se trata es del uso que se hace de una palabra en un determinado contexto legal” (p. 245). Es por esto que el lenguaje sintético de la Constitución del 86 da pie para pensar en un carácter más amplio de la hermenéutica de los jueces, frente a la Carta del 91, que tiene un lenguaje menos atado al rigor de la ley positiva, más extenso en materia de fuentes del derecho y, en últimas, más penoso a la equidad.

Veamos ahora otro punto que se podría expresar con una pregunta: ¿la Constitución Política de 1991, en materia de hermenéutica judicial, es iuspositivista, mientras que la de 1886 es iusnaturalista? Esta es una pregunta frecuente que los estudiantes de derecho se hacen en las clases de filosofía jurídica. Tratemos de dar una respuesta.

A primera vista pareciera que la Constitución Política del 91 es iuspositivista, pues expresamente dice que los jueces en sus providencias *solo* están sometidos al imperio de la ley, mientras que la del 86 no deja dudas de que es más amplia. Esta última Constitución, al parecer, favorece al iusnaturalismo propio de la época en que se inspiró, pues dice directamente que las sentencias deben ser “motivadas”, por lo que se entiende que en dicha motivación caben la ley positiva, el derecho natural, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina. Esto sucede sin establecer además ninguna jerarquía de fuentes del derecho, mientras que en la Constitución del 91 sí aparece tal jerarquía: en esta se dice expresamente que la labor de los jueces en sus fallos se

basa *solo* en la ley y que las demás fuentes tienen simplemente el rango de “auxiliares”.

Véase de entrada que aunque la Constitución del 91 habla de la “centralidad de la ley”, cuando admite los otros “criterios auxiliares” está consagrando un iuspositivismo que podríamos llamar “moderado”.

Debe aclararse que la Constitución del 86, al tratarse de la interpretación judicial, no privilegiaba *expresamente* la ley, sino que allí las sentencias podían ser motivadas sin importar la fuente de derecho en que se apoyara el fallo judicial. Es menester recordar el criterio que se utilizó durante décadas fue el consagrado en la Ley 153 de 1887, que partía de la Constitución y la ley, a diferencia del sistema anglosajón jurisprudencialista (Noguera, 2002, pp. 323 y ss.). No obstante, las sentencias eran armonizables con otras “ilustraciones” de la Constitución y la ley, cuando estas resultaran “oscuras” o “dudosas”. A este respecto veamos las normas correspondientes de la Ley 153 de 1887:

Artículo 4. Los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la *Constitución* en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las *leyes*.

Artículo 5. Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones *legales* oscuras o incongruentes.

Vemos así tácitamente que la Constitución y la ley eran la plataforma de la “pirámide jurídica” colombiana en el 86; ambas debían, pues, hermanarse.

Pasemos ahora sí a la Constitución de 1991. Ciertamente el artículo 230 dice que a la hora de interpretar, los jueces están sometidos *solo* al imperio de la ley; ahora bien, antes de esa norma, el artículo 94 dice: “La enumeración de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en

los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

En este artículo se vislumbra fácilmente una norma de raíz iusnaturalista: los derechos humanos son los derechos inherentes a la persona humana. Ello es así en tanto el iusnaturalismo se centró –y se centra– en la naturaleza humana. No sucede así con el iuspositivismo, que se centra o ve la esencia del derecho solo en la norma positiva fruto del pacto social de los hombres reunidos en sociedad. En el iusnaturalismo es la naturaleza del hombre la quintaesencia del derecho natural, su fundamento; lo podemos leer en todos los autores que crearon y aceptan en el presente la doctrina del derecho natural. Veamos a título de muestra solo cuatro autores iusnaturalistas:

- “De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación” (Aristóteles, 1981, p. 66). En Aristóteles se observa implícitamente un derecho natural basado en la naturaleza humana común.
- Cicerón busca el fundamento de la ley positiva en la naturaleza del hombre (Beuchot, 2006, p. 29).
- Santo Tomás de Aquino, según afirma Beuchot (2006, p. 39), dice que la ley natural, de manera primaria, corresponde a la naturaleza del hombre, que es la razón.
- Hervada y Sancho (1980) definen el derecho natural así: “Designa aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre” (p. 56).

Es claro, pues, que la naturaleza humana es considerada de manera integral en cuanto cuerpo,

razón, emoción y espíritu, más allá de la mera ley natural del más fuerte, como creían los presocráticos (Beuchot, 1980, pp. 13 y ss), y más allá también de la mera razón como fragmento del hombre, como la concibió la modernidad racionalista. La naturaleza humana es el fundamento del derecho, según el iusnaturalismo. No sobra indicar de manera muy general que dicha naturaleza humana fue un gran avance en la historia del pensamiento, pues superó con creces la concepción de una ley natural –anterior a Sócrates– del *más fuerte*; visión puramente sensista y superficial del ser humano.

De otra parte hay que señalar también muy rápidamente que dicha naturaleza ha sido objeto, en la historia del pensamiento, de múltiples desarrollos filosófico-antropológicos admirables (baste ver, a manera de ejemplo, la obra *Estructura de la persona humana* de Stein, *La condición humana* de Arendt, las obras de Maritain, *El personalismo* de Mounier o las obras más recientes Habermas). No obstante, ahora, con las nuevas técnicas biotecnológicas y con la tecnología en general, tal naturaleza humana se encuentra sometida a riesgos insospechables, al punto que pareciera estar en trance de desaparecer, como lo ha puesto de relieve, con inmensa preocupación, Sartori (2004, pp. 20 y ss.), que afirma que el *homo sapiens* está a punto de perecer y ser sustituido por el *homo videns*.

La norma del artículo 94 se ubica dentro del título II de la Constitución, intitulado “De los derechos, las garantías y los deberes”, y la norma del artículo 230 se encuentra posteriormente en el título VIII, referente a la “Rama judicial”. Teniendo en cuenta lo anterior, además de que nuestra actual Carta Política es caracterizada como “carta de derechos”, es fácil deducir que la norma del artículo 94 prima e ilumina toda la hermenéutica judicial de la Constitución de 1991. Por tanto, así se diga en el artículo 230 que la hermenéutica judicial se rige solo por la ley, este ya viene con una carga iusnaturalista que vincula y obliga al intérprete

de los derechos humanos: la carga del artículo 94 constituye una norma que debe prevalecer. En consecuencia, el aparente iuspositivismo del artículo 230 se encuentra matizado por la norma del artículo 94; es pues una norma de iuspositivismo moderado, es el sistema legal continental, pero hermanado con el derecho natural.

A lo anterior habría que añadir que dado que el derecho es frecuentemente difícil, oscuro, dudoso, los “criterios auxiliares”, esto es, la “equidad”, la “jurisprudencia”, los “principios generales del derecho” y la “doctrina”, entran en juego inmediatamente como fuentes prácticamente de igual jerarquía frente a esos *hard cases*.

Ya puestos aquí es necesario recordar:

- a. La equidad es otro de los frutos más eximios de la escuela iusnaturalista, junto con el ya nombrado de la “naturaleza humana integral”. La equidad hoy en día tiene tintes iuspositivistas o, más exactamente, iusconstitucionalistas, tal como aparece en Zagrebelsky (2005), quien afirma que “este venerable concepto resurge hoy en formas completamente originales y viene a caracterizar el derecho en su conjunto, como consecuencia de la constitucionalización de los derechos y principios de justicia y del correlativo final de la omnipotencia de la ley” (p. 148). Baste recordar a este respecto las memorables páginas de Aristóteles sobre la equidad en su célebre *Ética nicomaquea*, donde por cierto pone incluso a la equidad por encima de lo justo.
- b. Pero el jurisprudencialismo es otro fruto del iusnaturalismo del derecho romano. Sin embargo, el jurisprudencialismo más actual tiene tintes francamente iuspositivistas-sociologistas. A este respecto puede verse la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional colombiana, sobre todo a

partir de 1997, cuando aprobó la eutanasia. También es conveniente recordar que el derecho natural, por ejemplo en santo Tomás de Aquino, es vecino de la escuela sociológica, en la medida en que es un derecho natural flexible.

- c. A eso sumemos que también los principios generales del derecho enuncian de manera clara y contundente el principio general de la justicia y de la imparcialidad (Kaufmann, 1999, pp. 105 y ss.), fruto también del iusnaturalismo y no del iuspositivismo. Puede recordarse que en 1930 Kelsen separó la moral del derecho y paralelamente también separó la justicia de la ciencia jurídica positiva, al decir expresamente:

Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir, que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica (Kelsen, 2000, p. 44).

- d. Y por si no fuera bastante lo anterior, la ciencia jurídica, así se base en el derecho positivo, se construyó desde perspectiva iusnaturalista, como quiera que se empezó a elaborar con Gayo en el siglo II, siguiendo con Justiniano, los glosadores, los comentaristas; todos ellos de raíz iusnaturalista, así esa ciencia jurídica se haya vuelto con el tiempo más de carácter iuspositivista (Noguera, 2002, pp. 169-179).

Por las razones aducidas, nuestra Carta resulta siendo no lejana al iusnaturalismo. De esta manera, la Carta del 86 tiene un pie en la Constitución y la ley y otro en las otras fuentes del derecho, haciéndola ver de legalismo muy moderado, cercano al iusnaturalismo. A su turno, la Constitución

del 91 también tiene un pie en la Constitución y la ley, pero admite otro pie en la criterios auxiliares, que también tienen un sabor iusnaturalista, tal como acabamos de exponer. Por ello, ambas hermenéuticas resultan, en el fondo, cercanas. Podría decirse, entonces, que en este punto ambas constituciones no marcan una gran diferencia. Así, no puede concluirse que la Constitución del 91 sea iuspositivista y la del 86 iusnaturalista: ambas son legalistas moderadas, abiertas a criterios del derecho natural universal.

Pasemos ahora al punto de la jerarquía de las fuentes del derecho en la hermenéutica judicial.

Vimos atrás que la Carta del 86 no estableció jerarquía alguna: el juez debía simplemente motivar su fallo, según decía el artículo 163, aunque la Ley 153 del 87 sí establece una jerarquía implícita: primero están la Constitución y la ley; las otras fuentes de derecho sirven para iluminar lo oscuro de la ley en ciertos casos: las llamadas “lagunas de ley”. A este respecto bien vale la pena decir que desde una óptica iuspositivista moderada se parte del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico, esto es, que tal ordenamiento, no obstante las inevitables lagunas de ley,

contiene siempre normas con cuya aplicación pueden resolverse todas las controversias o diferencias entre los particulares, o entre estos y el Estado. Nada le falta al respecto, y por ello el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 expresa: “los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia” (Noguera, 2002, p. 235).

Así pues se admiten las lagunas de ley subsanables con otros recursos. Aparecen, entonces, teorías como la del derecho común de Gény, que subsana las lagunas de ley, o la del derecho libre y la conciencia jurídica de Kantorowics, que igualmente llena las lagunas de ley (Noguera, 2002, pp. 238-241). Empero, existen iuspositivistas extremos

como Karl Bergbohm y Hans Kelsen, para quienes la ley positiva no tiene jamás lagunas, amparados en la razón de que lo que diga la ley es lo único significativo, y lo que no diga, esto es, sus lagunas, se suponen irrelevantes para el derecho; por tanto no hay lagunas legales (Noguera, 2002, pp. 236-238).

Frente a la Constitución del 86, la del 91 sí es clara en materia de jerarquía de fuentes del derecho: hay una primera fuente explícita: la ley; las demás son simples “criterios auxiliares”.

No obstante lo anterior, González (2006), luego de estudiar juiciosamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en estos veinte años, señala:

El debate en torno a las fuentes del derecho ha tenido una marcha incoherente. Mientras desde la academia se expone permanentemente la idea de una jerarquía ordenada de las mismas, la práctica nos muestra que hay usos de las fuentes muy diversos [...] Las fuentes, en la práctica argumentativa, son escogidas por el fallador de un rango muy amplio (p. 265).

El autor se refiere a tres tipos de fuentes: la utilización directa de autores políticos y filosóficos, la utilización de las fuentes tradicionales pero sin jerarquizarlas y la fuente tradicional que desaparece. Desde luego hay que decir que la academia tradicionalmente se apoya en dicha jerarquía de fuentes, amparada, claro está, en que la misma Constitución del 91 habla en primer lugar de la fuente formal llamada “ley”. A esta fuente le siguen los “criterios auxiliares”, sin establecer ninguna jerarquía entre ellos, pues simplemente enuncia sin numeración alguna la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

En otras palabras, González Jácome sostiene la tesis de una especie de “circularidad” de las fuentes. Quizá lo podríamos expresar así: hay un punto de arranque de esa circularidad que es la norma de

normas y luego está la ley positiva; pero a partir de ahí, cuando se presentan casos oscuros se echa mano de las otras fuentes sin jerarquizarlas, sino simplemente tratando de apoyar el fallo en el argumento más sensato posible en cada caso.

Pero, por otra parte, advierte González (2006):

El hecho de la apertura de las fuentes no quiere decir que “vale todo”. El punto es que dependiendo del ambiente jurídico en que estemos, las reglas lingüísticas son distintas a otras; así, en el derecho constitucional es una regla establecida que hay que usar preponderantemente los precedentes de la Corte Constitucional, mientras que en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema habrá que demostrar la prevalencia de la ley y la jurisprudencia de la propia sala (p. 292).

En síntesis, podríamos sostener que la ley, según estos lineamientos, es el punto de apoyo de nuestro sistema normativista, pero en caso de oscuridad o insuficiencia de la ley se puede ir a cualquiera de los criterios auxiliares, sin tener en cuenta ninguna jerarquía de ellos. Siguiendo la teoría de la resistencia a la ley injusta expuesta desde antaño por Platón, Tomás de Aquino o Kaufmann, podría decirse incluso que se puede ir en contra de ese punto de apoyo, si es el caso o la ley es injusta, v. gr. apoyados en principios generales del derecho o en la equidad.

Toquemos ahora la interpretación de los derechos humanos desde los tratados internacionales. A este respecto, la norma clave es el artículo 93 de la Constitución Política:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia.

Como se observa, esta norma establece un criterio hermenéutico que debe prevalecer o integrarse sistémicamente al del artículo 230, que desde ya podemos advertir que es un criterio especial e incluso superior de interpretación en el caso concreto de los derechos humanos. Se trata, por un lado, de la prevalencia en el orden interno nacional de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción previstos en el artículo 212 y ss., esto es: guerra exterior, conmoción interior y perturbación del orden económico; en segundo lugar se trata de que los derechos y deberes consagrados se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Esta es una consecuencia de la premisa de derecho internacional que señala que el orden internacional tiene primacía frente a los Estados particulares, es decir, el bien común internacional prima sobre el bien común estatal. La *civitas máxima*, de la que hablara Christian de Wolff, tiene una importancia superior frente al Estado. En efecto, este filósofo del derecho (1679-1754) hablaba de una sociedad de naciones que debe unir sus fuerzas para conseguir la perfección del hombre (Beuchot, 2006, p. 68).

En este sentido, la *civitas máxima* se impone en la medida en que existen tratados en materia de derechos humanos que el Estado colombiano ha decidido aceptar en un momento determinado. La tendencia mundial es a que exista un derecho global y una ética universal (Küng y Kuschel, 1994), frente a los cuales, no obstante, se deben tener alertas para evitar caer en universalismos impuestos imperialistamente desde afuera (Ordóñez, 2007, pp. 49 y ss.).

Estas “alertas” deben significar el cuidado en acompasar el derecho interno con dichos tratados, para no caer en sorpresas desagradables,

en incoherencias jurídicas ininteligibles o en desajustes que ocasionan rupturas incomprensibles. Estas alertas, entonces, previenen que el pueblo soberano en un momento dado se pueda sentir asaltado por un gobierno de turno que sobrepase el constituyente primario que sirvió de base para elaborar la Constitución, o un gobierno que no tenga en cuenta las consultas del caso o las reformas constitucionales pertinentes.

Por último es importante referirnos a la equidad. Ciertamente sobre los criterios auxiliares del artículo 230 de la Carta del 91 podríamos extendernos; empero, es importante centrarnos un momento en la equidad, viejo concepto proveniente de la antigua Grecia, desde los pitagóricos que concebían la armonía en la norma, hasta la actual hermenéutica o analogía que se sitúa entre el univocismo y el equivocismo (Beuchot, 2006, pp. 7 y ss.).

Inicialmente debo advertir que la equidad como criterio auxiliar de la ley es, en sentido general, fuente de todo el derecho; sin embargo, en el derecho colombiano existe una normativa especial para los denominados “jueces de paz”, según la cual estos deciden en equidad y no en derecho, separando así ambos conceptos, cuando, por el contrario, como criterio auxiliar la equidad no está separada del derecho.

Dicho lo anterior –que podría ser objeto de otros comentarios que no vienen al caso– es importante preguntarse: ¿qué es la equidad?

La equidad como concepto es, siguiendo a Aristóteles, un tipo de derecho, una clase de lo justo, que consiste en aliviar a la ley de su carácter general, duro, etéreo y apersonal, para aterrizar en el caso particular (Aristóteles, 1981, pp. 71 y ss.). La equidad es flexibilidad de la norma, es saber que el hecho social y la historia cuentan, junto con lo que hay de inmutable en la naturaleza humana. Ahora bien, sobre la inmutabilidad de la naturaleza humana bien cabe recordar que esta se limita a

muy pocas cosas, como sostenía Santo Tomás de Aquino, so pena de caer en fundamentalismos. Santo Tomás resumía la inmutabilidad a cuatro aspectos: el deseo de conservación, el deseo de reproducción, el deseo de asociación y el deseo de averiguación (Sancho y Hervada, 1980, p. 200).

¿Es la equidad fuente del derecho o simple criterio auxiliar?, ¿de ella nace un nuevo derecho, esto es, una fuente del derecho que va más allá de la norma-letra y del sujeto situado en esa norma?, ¿es una pura regla técnica, esto es, criterio auxiliar para armonizar el derecho legal y la situación personal? Podría decirse que son las dos cosas. La Carta de 1991, sin embargo, se quedó con la expresión “criterio auxiliar”, expresión que es un tanto secundaria.

En este punto es necesario hacer una anotación: mientras que para Aristóteles la equidad es una clase de justicia, la Carta política considera a la equidad como un criterio, expresión que suena a capacidad personal del juez. No obstante, como Aristóteles trata a la equidad en el capítulo de la justicia como virtud, bien se le puede considerar como un criterio personal, esto es, como una aptitud del juez.

Ahora bien, fuente o criterio, la equidad es una herramienta imprescindible para acertar lo más posible en la aplicación del derecho. El derecho no es comúnmente ni la letra del código ni la pura situación del individuo. Si fuera lo primero sería un derecho deshumanizado; como dice Jesús de Nazaret en el evangelio de San Lucas: “Hipócritas, ¿no desata cualquiera de ustedes su buey o su burro en sábado, para llevarlo a tomar agua?” (Lc 13, 15-16). Si fuera solo lo segundo, el derecho no tendría ningún papel que hacer en medio de una maraña de individuos que tratarían de imponer cada uno su ley.

Desde luego habrán algunos casos en que quizá no se quepa recurrir a la equidad, tal como decía,

con razón, Grocio (citado en Beuchot, 2006, p. 56). Pero en la mayoría de los casos oscuros o difíciles, la equidad es un punto medio entre lo unívoco, es decir, el total acierto de la ley, y lo equívoco, esto es, la creencia en que nunca se puede alcanzar la verdad completa, cayendo así en la inseguridad y el relativismo extremos. La equidad, por el contrario, es una “salida” humilde entre dos extremos: acepta que no es la única solución al caso, sino solo una aproximación lo más cercana posible a su respuesta.

Lo anterior lo sostiene la actual hermenéutica cuando afirma que la comprensión es “al mismo tiempo objetiva y subjetiva” (Kaufmann, 1979, p. 99). En consecuencia, la equidad se aleja del pleno objetivismo, que cree que la mente humana aprehende el objeto en su totalidad porque el objeto se deja agarrar por el conocimiento del sujeto cognoscente; pero también se separa del pleno subjetivismo, que cree que el objeto es inaprehensible, un “noúmeno” inalcanzable, como diría Kant, y que lo que cuenta es la mera existencia, la mera circunstancia personal de espaldas a un orden establecido desde afuera. No es, entonces, ni mera subsunción mecánica del caso en la norma ni mero subjetivismo de “buen salvaje”.

La equidad implica un esfuerzo enorme y hercúleo por acceder a un punto intermedio, equilibrado, armónico, flexible, dúctil entre la ley y la situación personal. De aceptarse, nace de esta herramienta prudencial del juez y del legislador un nuevo derecho *praeter legem* que va más allá de la ley escrita. En palabras de Montesquieu se trata del verdadero “espíritu de las leyes”.

Así vista, la equidad es la herramienta permanente a la que debe recurrir el juez y el legislador luego de emplearse a fondo en el entendimiento de la ley. Cuando esta no ofrezca toda su luz, la equidad se ha de articular con la jurisprudencia y con los principios generales del derecho y de la doctrina para obrar con justicia.

Para terminar bien cabe traer unas palabras de Hobbes (2007) que vienen al caso:

Las cosas que hacen de alguien un buen juez o un buen intérprete de las leyes son, en primer lugar, un recto entendimiento de esa ley natural básica llamada equidad, que (no dependiendo de la lectura de los escritos de otros hombres sino de la bondad existente en la propia razón natural de un hombre y en su meditación) se supone máximamente presente en quienes han tenido más ocio y más inclinación a meditar sobre el tema (p. 246).

Para el gran pensador inglés, la equidad es una ley natural que se halla en la razón y está acompañada de la meditación, del buen ocio, de la reflexión, de la ponderación, del discernimiento. Bellísimas palabras de uno de los padres del absolutismo político moderado, que en materia jurídica pasa a la historia con ese aporte.

REFERENCIAS

- Aristóteles (1981). *Ética nicomaquea*. México: Porrúa.
- Beuchot, M. (2006). *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Constitución Política de Colombia (1886).
- Constitución política de Colombia (1991).
- González Jácome, J. (2006, julio-diciembre). El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. *Universitas*, 112, 112-265. Bogotá.
- Hervada, J. y Sancho Izquierdo, M. (1980). *Compendio de derecho natural* (tomo I). Pamplona: EUNSA.
- Hobbes (2007). *Leviatán*. Buenos Aires: Losada
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H. (2000). *Teoría pura del derecho*. Bogotá: Unión.

Küng, H. y Kuschel, K.-J (1991). *Hacia una ética mundial*. Madrid: Trotta.

Legaz (1979). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch.

Noguera Laborde, R. (2002). *Introducción general al derecho*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Ordóñez Maldonado, A. (2007). *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Sartori (2004, 21 de noviembre). *El Nuevo Siglo*, p. B2.

Serpa Uribe, H. (2001, 9 de febrero). Veinte años después. *El Nuevo Siglo*, p. A5.

Touchard, J. (1961). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos.

Zagrebelsky, G. (2005). *El derecho dúctil*. Torino: Trotta.