

# **PARADIGMAS**

## **Modelos de diferenciación del sistema del derecho**

FERNÁN RESTREPO CARDONA

“Nuestro caos y retraso social consiste en que los encargados de hacer y administrar un estándar mínimo de convivencia, la justicia, recorren el camino contrario al usual: toman unas leyes, unas normas, unos reglamentos escogidos de la ‘maraña’, y los acomodan a sus pretensiones personales”.

DARÍO JARAMILLO AGUDELO.

### **SUMARIO**

RESUMEN

I. DERECHO, MORAL Y BIEN JURÍDICO

II. POLÍTICA Y DERECHO

III. UN PARADIGMA INTERNO COMO CASO PRÁCTICO: EL DEBIDO PROCESO

BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

“Normalmente se concibe al derecho como una religión más, y a los abogados como sujetos educados en la liturgia de la palabra, gente que aprendió de memoria lo que sabe, *sin ningún acervo visual de sus conocimientos*, gente con un *modo característico de no ver el mundo*. El mundo convertido en letra, en su letra, en la letra que les interesa ver. La sagrada letra”.

Con esta idea, DARÍO JARAMILLO AGUDELO expresa el extremo al que tiende a irse el derecho cuando pretende “autoidentificarse”, autorreferenciarse, distinguirse de los demás “sistemas”, en la situación en la cual la relación del derecho con su entorno, posiciona en lugares impropios a elementos exógenos al sistema. El derecho, entonces, tiende a sacralizarse, a aislarse, a cegarse de tal forma, que los operadores jurídicos pretenden prescindir de la comunicación aleatoria con los demás sistemas.

Sin embargo, se ha vuelto generalizado en Colombia que la actividad judicial omita que el derecho es un sistema diferenciado de los demás y, aunque no sacralizado, sí *autorreferenciado*, *autopoiético*. Es así como se le otorgan a distintos caracteres exógenos, posiciones y funciones que propician la desnaturalización del sistema, llegando hasta el punto de canalizar la consecución de pretensiones particulares por medio de una “apariencia jurídica”, lo cual se materializa en los argumentos que justifican una u otra posición moral en fallos motivadores de las sentencias. Fue precisamente esa interferencia de caracteres políticos y morales, exógenos al sistema del derecho, lo que llevó a Alemania a caer en el nacional-socialismo de HITLER, en el Tercer Reich. A esto mismo se refirió CARL SCHMITT cuando habló de “la tiranía de los valores”. Un asunto demostrativo de esta situación, es la sentencia C-319 de 1996 (MP VLADIMIRO NARANJO MESA), en la cual se plasma la forma en que el sistema de la moral, la política y la violación de derechos fundamentales (o *expectativas normativas*, emplazadas por criterios eficientistas), distorsionan la identidad del derecho. Son estos casos paradigmáticos, entonces, las premisas de las cuales se partirá para establecer unos criterios de distinción del derecho con relación a sistemas externos (la política y de la moral, más concretamente), no cayendo en el extremo perjudicial de la *sacralización del derecho*, si es que pararse en este punto intermedio es posible. Este punto medio es, entonces, la aspiración de este texto.

La práctica de todo arte y ciencia requiere, necesariamente, de tres elementos: *sujeto, medio y objeto*, en donde el sujeto es el agente realizador del objeto mediante la utilización del medio. De este modo, el cumplimiento del objeto del derecho (que puede consistir, con diferentes niveles de incidencia e importancia —dependiendo del contexto—, en la justicia radicada en cada “sujeto-cuerpo”<sup>1</sup>, en la justicia radicada en la colectividad<sup>2</sup>, en el relativo orden, en la ‘institucionalización de expectativas’, en la ‘reducción de determinadas complejidades’, en la *regulación relativa de conductas sociales*<sup>3</sup>, en un mayor grado de felicidad<sup>4</sup>, etc.) requiere tanto de un operador jurídico como de un conjunto de textos normativos (generalmente la ley) que canalizan la intención de dicho operador, siendo este sujeto quien expide, interpreta o aplica la prescripción de una medida conducente a la consecución del objeto. Por esta razón es que, ontológicamente (en el sentido de *deber ser*), la existencia de una ley válida se ha subordinado a que ésta funcione como propiciación del objeto del derecho. Así, por ejemplo, se ha dicho que la ley existe en cuanto se verifique un conjunto de prescripciones que regulan la *conducta humana de manera abstracta, general, impersonal y genérica*<sup>5</sup>; o en cuanto se *verifiquen disposiciones del soberano que representan la voluntad general y que marcan pautas de asociación civil*<sup>6</sup>; o en cuanto se verifiquen *mandatos del soberano respaldados por amenazas*<sup>7</sup>, en donde el “soberano” lo es en virtud del contrato en el cual se le confiere la tarea de *regulación de los intereses particulares*<sup>8</sup>. FEDERICO HEGEL (por nombrar sólo unos pocos) también se refirió al tema al decir que:

“sólo lo que es conforme a la razón, es... lo real es lo racional, y lo más racional es la idea... y, siendo la libertad una construcción de la realidad fáctica del entorno (una idea), las normas de derecho sólo son racionales en la medida en que conduzcan a la libertad”<sup>9</sup>.

- 
- 1 FOUCAULT MICHEL, *Vigilar y castigar*, Editorial Taurus, Ciudad de México, D.F., 1980. Entiéndase por *sujeto-cuerpo cada individuo que se relaciona con la sociedad a partir de las relaciones de poder que ejerce y padece, siendo tal relación el fundamento de las acciones en sociedad...* es la manifestación de estas relaciones la historia y expresión de la racionalidad del hombre.
  - 2 RAWLS JOHN, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. La justicia radicada en la colectividad se manifiesta en una *imparcial redistribución de bienes y servicios, de derechos y deberes básicos de los individuos, por parte de las instituciones sociales*.
  - 3 FROSSINI VITTORINO, *La letra y el espíritu de la ley*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.
  - 4 BENTHAM JEREMY, *Tratados de la legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.
  - 5 CARNELUTTI FRANCESCO, *Cómo nace el derecho*, Monografías jurídicas, Bogotá, D.C., 1999.
  - 6 ROUSSEAU JUAN JACOBO, *El contrato social*, Editorial Panamericana, Bogotá, D.C., 2001.
  - 7 AUSTIN JOHN, *The Province of Jurisprudence*, Weindelfeld and Nicolson, (3a edición), Londres, 1968.
  - 8 Cfr. HOBBS THOMAS, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
  - 9 HEGEL FEDERICO, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

En este orden de ideas, si la ley no conduce a la consecución del objeto del derecho, no puede funcionar sino como disposiciones representativas de los intereses de la colectividad selecta que las expide, interpreta o aplica, pues su objeto ya no tiene un carácter objetivo e identificable. Si la ley no conduce al objeto del derecho, ya no puede funcionar sino como la negación del mecanismo propiciador de orden, justicia o institucionalización de expectativas. En otras palabras, si las leyes no actúan como unidades funcionales (o medios) del sistema del derecho, sino que se convierten en textos invadidos de fines y justificaciones totalmente ajenos al espectro de actuación que le corresponde, a su sistema, la ley, entonces, adquiere connotaciones parcializadas, subjetivas, autoritarias.

Por lo anterior, el problema a tratar —partiendo de la sentencia C-319 de 1996 (MP VLADIMIRO NARANJO MESA)—, es cómo en Colombia el derecho, por medio de las interpretaciones que de la ley se hacen (particularmente por parte de la Corte Constitucional), se ha invadido de elementos exógenos que lo convierten en mecanismo de afirmación y divulgación de pretensiones y creencias particulares. Esto no quiere decir que el problema consista en que la ley lleve anexos elementos exógenos al sistema del derecho de los cuales se sirve para reducir complejidades, sino en la invasión, interferencia o cumplimiento de funciones impropias de tales elementos en el campo del derecho.

## **I. DERECHO, MORAL Y BIEN JURÍDICO**

A muy grandes rasgos, la sentencia C-319 de 1996 consiste en la resolución del problema generado a raíz de la demanda de constitucionalidad promovida contra el artículo 148 del Código Penal (CP)<sup>10</sup>, subrogado por el artículo 26 de la Ley 190 de 1995, y contra el artículo 1° del decreto 1895 de 1989<sup>11</sup>, de los cuales se alega que trasladan la carga de la prueba a quien no corresponde probar nada dentro de un proceso penal, en virtud de la presunción de inocencia y buena fe que entraña el principio constitucional de debido proceso (art. 29 CN). Partiendo de esto, la Corte argumenta que:

---

10 “El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga un incremento patrimonial *no justificado*, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión...”.

11 “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro un incremento patrimonial *no justificado*, derivado de actividades delictivas, incurrirá en prisión...”.

- i) los textos demandados son tipificaciones de delitos que, en armonía con una interpretación *sistemática dogmática del ordenamiento*<sup>12</sup>, a la luz de la Constitución, protegen el bien jurídico de la moral social, por lo cual la “no justificación” del enriquecimiento tiene que ser tipificada y penalizada,
- ii) que la carga probatoria no se invierte porque es el Estado quien, con base en “indicios y otros medios de prueba”, deduce la injustificación del enriquecimiento respecto a las leyes y a la ética,
- iii) que los empleados públicos tienen una posición de constante exigibilidad por parte del Estado en virtud de su cercanía al tesoro público y que
- iv) el enriquecimiento ilícito es un delito autónomo (refiriéndose al enriquecimiento ilícito de particulares), porque, como ya lo había dicho, la norma pretende guardar la moral pública, razón por la que “no puede condicionarse su independencia a la ocurrencia de otro delito”.

La anterior síntesis de la *ratio decidendi*<sup>13</sup> resume, entonces, la motivación de la sentencia de exequibilidad de los artículos en cuestión por parte de la Corte Constitucional, lo cual no viene solo; por el contrario, junto con este fallo se expresa la marcada intrusión de justificaciones exógenas que remplazan a los elementos propios de la argumentación jurídica.

La posición que se le da a la moral (no la moral como tal) es un primer intruso, una primera inconsistencia en la actividad *dianoética*<sup>14</sup> que particulariza al derecho. Tal inconsistencia radica en afirmar que la “moral social” es un bien jurídico, cuando un bien jurídico se refiere a un estándar básico para preservar el pacto, a

“un interés jurídicamente tutelado por su fundamentalidad en la integración, conservación y desarrollo de la colectividad, del individuo y del propio Estado”<sup>15</sup>, —a— “la aptitud de una entidad, material o inmaterial, de satisfacer necesidades básicas del individuo”<sup>16</sup>.

---

12 VELLUZZI VITO, *Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil?*, Tercer seminario italiano-español de teoría analítica del derecho, Sitges, 1997, pág. 80. Por este tipo de interpretación se entiende una construcción de sistema de relaciones normativas compatible con la construcción dogmática utilizada.

13 LÓPEZ MEDINA DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, Editorial Legis (UNIANDÉS), Bogotá, D.C., 2001. Por *ratio decidendi* no se entiende lo que el juez considera como argumentos morivadores del fallo, sino en el sentido anglosajón, tal y como lo plateó GOODHART: el verdadero principio decisional del fallo.

14 GIANFORMAGGIO LETIZIA, *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica*. XVI congreso nacional de la sociedad italiana de filosofía jurídica y política, Padua, mayo de 1983.

15 REYES ECHANDÍA ALFONSO, *Tipicidad*, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 1989.

16 ROCCO ARTURO, *El objeto del crimen y de la tutela jurídica penal*, Editorial Unidad Tipográfica Editrice, Torino, 1960, pág. 129.

De hecho, CARNELUTTI llegó a afirmar que no existen bienes jurídicos inmateriales, sino que aquellos que se toman como tales son simplemente intereses, posiciones sociales relativas<sup>17</sup>. Así, aunque esta teoría no sea bien recibida en el mundo jurídico (porque bienes como la integridad sicosomática, la libertad personal y la “*integridad moral*” son protegidos mediante el establecimiento de tipos penales que sancionan su violación<sup>18</sup>), sí demuestra que elementos que carezcan de evidente fundamentalidad y, por el contrario, demuestren excesiva abstracción, subjetividad o carácter etéreo, no pueden ser considerados “bienes jurídicos”. Además de esto, el tipo penal, entendido como la descripción abstracta que el legislador hace de una conducta humana punible<sup>19</sup>, siempre protege un bien jurídico (pues sin él los otros dos elementos esenciales del tipo penal, el sujeto y la conducta, son obsoletos), y en Colombia la ley penal no contiene textos normativos que penalicen la conducta contraria a un conjunto de creencias basadas en contenidos de verdad que por naturaleza son subjetivos.

Pero, a pesar de lo anterior, a un moralista fuertemente arraigado a sus propias creencias, a su “ortodoxia”, los anteriores argumentos pueden parecerle muy poco persuasivos por derivarse de *construcciones dogmáticas*<sup>20</sup> de la comunidad específica: la jurídica. De este modo, la “atipicidad” y la exclusión de la consideración de la moral social como un “bien jurídico”, son simples figuras que de ningún modo suprimen la posibilidad de sanción penal por conductas que contravengan la moral social. Pero la imposibilidad de considerar a la moral social como un interés de protección necesaria para la conservación, integridad y desarrollo del individuo, la sociedad y el Estado, lo cual se tipifica y respalda con sanción penal, es decir, la

---

17 CARNELUTTI FRANCESCO, *Teoría general del delito*, trad. VICTORIO CONDE, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, págs. 196-197.

18 REYES ECHANDÍA ALFONSO, ob. cit., pág. 74. “No debe confundirse la simple moral o la moral social con la “integridad moral” (dice el autor), pues esta última se contiene características que la diferencian. En primer lugar, la integridad moral, en sentido subjetivo, se refiere a un sentimiento autónomo de dignidad u honor; en segundo lugar, en sentido objetivo, la integridad moral se refiere a la valoración que el grupo hace de la personalidad ajena. El elemento subjetivo se ha llamado generalmente “honor” y el segundo “honra”. Ejemplo de lo anterior, son los arts. 314-318 del antiguo Código Penal, que penalizaba a la calumnia como delito contra la integridad moral, o los arts. 316-322 del mismo Código, que penalizaba la injuria”. Aunque el autor usa la expresión “integridad moral” para referirse a la honra, a la dignidad y al honor, en rigor no puede hablarse de moral porque ni el honor ni la dignidad son valores pertenecientes a un sistema ético particular, sino consideraciones sociales del individuo, así como consideraciones autónomas del individuo sobre sí mismo.

19 REYES ECHANDÍA ALFONSO, ob. cit., pág. 8.

20 LUHMANN NIKLAS, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. A pesar de que a un “ortodoxo” de la moral las construcciones dogmáticas le puedan parecer justificaciones parcializadas de la exclusión de la moral en las normas de derecho penal, NIKLAS LUHMANN respondería a esa proposición diciendo que es la dogmática del derecho lo que, por autorreferenciación (autopoiesis), le da consistencia y le ofrece parámetros interpretativos de sus propios lineamientos normativos... “es la dogmática el conjunto de modelos o sistemas de selección —dentro del sistema del derecho— que se proyectan a la resolución de casos futuros”.

imposibilidad de considerar a la moral social como un bien jurídico, tiene raíces más profundas que la mera figura jurídica a las cuales no se adapta.

En primer lugar, puede decirse que en el ámbito moral, siguiendo a KANT,

“la conducta éticamente plausible no sólo se ajusta al deber contenido en la norma, sino que halla en él su motivo determinante; por el contrario, en el ámbito del derecho la exteriorización de la conducta ajustada a la prescripción es suficiente”<sup>21</sup>.

En otras palabras, la moral no sólo exige obrar conforme al deber sino por el deber, en tanto que el derecho sólo exige obrar conforme al deber. Antes de continuar con distinciones que han aclarado la diferenciación kantiana, hay que resaltar una conclusión fundamental que se deriva de esta distinción: el concepto “la moral”, al provenir de un modo particular de concebir lo bueno y lo malo, lo falso y lo verdadero, no puede ser elevado a normas generales de la naturaleza humana cuya inobservancia sea penalizada, porque la decisión de hallar en un precepto el “motivo determinante” de actuar o no actuar, depende de cada individuo. El valor moral de la actuación no depende únicamente de su exteriorización (lo cual puede ser exigido coercitivamente), sino también de la motivación interna. De este modo, afirmar que “se sanciona un enriquecimiento no justificado” porque con tal norma se protege el bien jurídico de la moral social, es justificar una norma en un contenido de verdad absoluto, cuando la verdad o falsedad, lo bueno y lo malo, es un parámetro de valuación de las conductas relativo a cada sistema de valores. Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que hay una moral social objetiva y absoluta, los efectos son realmente contraproducentes.

“La moral —dice SCHOPENHAUER— se reduce a tres resortes fundamentales de las acciones humanas: el egoísmo, la perversidad y la conmiseración (...) nuestra primera idea respecto al prójimo siempre es si puede sernos útil o no, con lo cual determinamos su valor. La angustia y el arrepentimiento no son más que el temor a las consecuencias”<sup>22</sup>.

En este mismo tenor se han pronunciado autores como HORKHEIMER al decir que:

“el hombre está regido por intereses (...) por lo cual posee una razón instrumental que altera medios y fines en aras de acciones cuyo objetivo último es la irracionalidad y la irracionalización social y colectiva”<sup>23</sup>.

---

21 KANT EMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1997.

22 SCHOPENHAUER ARTHUR, *El amor, las mujeres y la muerte*, Editorial EDAF, Madrid, 1968, págs. 131 y sigs.

23 HORKHEIMER MAX, *Dialéctica de la ilustración*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

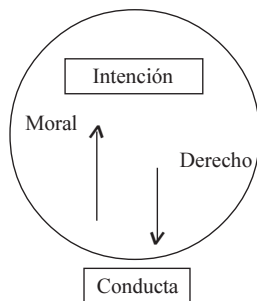
Aunque si bien es cierto que esta es una concepción pesimista de la moral, tal concepción, por lo menos, expresa la tendencia natural humana a imponer egoístamente sus pretensiones, de tal forma que cada hombre tenderá a imponer en el derecho su sistema ético particular, pretendiendo excluir el ajeno. Así las cosas, ¿cuál de todos los sistemas particulares de valores es el llamado “moral social”, en virtud del cual se restringe la libertad de los demás para hacerlo efectivo? ¿Cuál sería, entonces, la expectativa moral prevalente, susceptible de ser elevada a categoría general del comportamiento humano?

Una segunda raíz por la cual la moral social no se puede considerar un bien jurídico, y que pone de relieve puntos que KANT no tocó, puede derivarse de la reelaboración que GUSTAV RADBRUCH hace de la distinción entre moral y derecho. Para él, los rasgos distintivos kantianos de la moral frente al derecho son ciertos, pero, en cambio, la exposición que hace KANT sobre los rasgos distintivos del derecho, son cortos. Al respecto dice el autor:

“Al derecho no le compete sólo valorar resultados, exteriorización de conductas, sino también las intenciones informadoras del comportamiento perceptible. Ejemplo de ello son las figuras jurídicas del ‘dolo’, ‘culpa’ y ‘mala fe’. Sin embargo, tales fenómenos vivenciales sólo incumben al derecho en la medida en que se traducen o pueden traducirse en resultados externos incidentes en el comportamiento interpersonal interferido”<sup>24</sup>.

Podría decirse, entonces, que el factor exterioridad-interioridad como elemento diferenciador del mundo moral y jurídico, consiste en que la moral le da valor a las acciones exteriores en cuanto ellas estén determinadas por una creencia interna (KANT), a diferencia del derecho, que le da valor a las acciones interiores sólo en cuanto ellas incidan en la libertad negativa<sup>25</sup> del individuo. Para esta idea fundamental quede clara, podría graficarse como en la figura 1.

FIGURA 1.



24 RADBRUCH GUSTAV, *Filosofía del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, págs. 52 y sigs.

25 SEN AMARTYA, *Bienestar, justicia y mercado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.



Aparte de lo anterior, hay otros autores que sostienen que la actividad dianoética propia del derecho no se puede mezclar con la moral gracias a la existencia del aislante (o juicio distintivo) *Il amado criterio de alteridad y unilateralidad*<sup>26</sup>. En pocas palabras, puede expresarse esta distinción diciendo que el derecho es *ad alterum* porque valora la conducta del sujeto obligado con respecto a otro u otros, mientras que la moral evalúa la conducta en sí misma, prescindiendo de elementos exógenos a la conciencia.

HOHFELD, por medio del clásico *Conceptos jurídicos fundamentales*, también aportó su granito de arena para defender la disgregación entre moral y derecho cuando la primera no tiene porqué incidir en el segundo. La distinción que hace HOHFELD es sencilla: a toda categoría jurídica le es inherente un correlativo, contrastando la moral, que carece de correlato equivalente. Así, todo derecho posee un correlativo un deber; toda libertad (o privilegio) un no derecho de interferencia; toda inmunidad una incompetencia, y toda potestad una sujeción<sup>27</sup>. Rayando con esto, la moral no tiene ningún correlativo equivalente, aun cuando se consienta con la idea inglesa de *derechos morales*<sup>28</sup> radicados en cabeza de cada individuo, de los cuales se hablará más adelante.

Otro criterio de distinción típico, tradicional, clásico, es el carácter coercitivo de las normas jurídicas y la imposibilidad de coerción de las normas morales. KELSEN (aunque situado en el extremo de pensar que la esencia de las normas jurídicas es la coerción —“*El derecho como orden coactivo*”<sup>29</sup>—) es un buen ejemplo de la claridad de esta distinción. Para el autor vienés, la estructura estática de las normas jurídicas es el conocido supuesto de hecho condicionante de una consecuencia (sSi X à Y), de tal forma que, de inobservarse la conducta deseada, opera una sanción<sup>30</sup>. Pero las normas morales no tienen más que lo que BOBBIO llama una “*sanción interna*”<sup>31</sup>: el arrepentimiento, el remordimiento, el sentimiento de culpa... pero nunca una sanción que se haga efectiva coactivamente, y esto, entre otras, porque, como dice GUSTAV RADBRUCH, el problema de la “verdad”, a diferencia del derecho [Positivo], no es cuestión de autoridad<sup>32</sup>.

---

26 GAVIRIA DÍAZ CARLOS, *Temas de introducción al derecho*, Editorial Señal, 1994, pág. 37.

27 HOHFELD W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pág. 23 y sigs.

28 DWORKIN RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, 1997.

29 Tal concepción de la esencia de la norma jurídica ya no es muy bienvenida por el pensamiento de la comunidad jurídica contemporánea, *vr. gr.*, NIKLAS LUHMANN, GUSTAV RADBRUCH, VITTORINO FROSSINI, etc.

30 KELSEN HANS, *Teoría pura del derecho*, Editorial Unión, Bogotá, D.C., 2000.

31 BOBBIO NORBERTO, *Teoría general del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, págs. 108-110.

32 RADBRUCH GUSTAV, *Relatividad y derecho. Monografías jurídicas*, Bogotá, D.C., 1998.

“El humano oscila entre conductas heterónomas y conductas autónomas”.

La filosofía tradicional también ha aportado argumentos contradiciendo a la ortodoxia moral que pretende fijar pautas hermenéuticas éticas dentro del campo del derecho, tal y como se expresó en la sentencia C-319 de 1996. De este modo, aparece KANT nuevamente, sólo que esta vez con su *Crítica del juicio*. Para KANT, los comportamientos humanos oscilan entre *conductas heterónomas* y *conductas autónomas*<sup>33</sup>, entendiéndose por las segundas aquellas que obedecen a preceptos que no se derivan del libre albedrío, sino de preceptos impuestos por un agente extraño; por las segundas, en cambio, se entienden aquellas prescripciones que el individuo se impone a sí mismo por autodeterminación, por autonomía, por autolegislación. Pero, evidentemente, la tipificación del enriquecimiento no justificado no busca proteger un bien que todos los individuos están obligados a considerar verdadero o falso, malo o bueno, pues este tipo de valoraciones no pueden provenir más que de la autodeterminación, de la autolegislación, de la autonomía. El derecho simplemente impone una conducta heterónoma a cada individuo. Por tal razón resulta persuasivo inclinarse a pensar en el mismo modo de quienes salvaron el voto en dicho fallo, pues la

“apelación a la moral y a la ética no funciona más que como un recurso *ad hoc*, como un recurso eficientista que omite que el derecho penal se edifica en violación de normas jurídicas, no de ambiguos mundos morales”<sup>34</sup>.

Continuando con la distinción en cuestión, quedan algunos argumentos por exponer para dejar así concluida la exposición a cerca de la inconsistencia del fallo C-319 de 1996 en cuanto a la apelación a la moral como recurso argumentativo por parte de la Corte.

Uno de esos argumentos es el que enuncia FRANCESCO VIOLA cuando afirma que tener

“un derecho o un deber no quiere decir que ese derecho sea bueno o que la ejecución de ese deber sea igualmente bueno”<sup>35</sup>.

No. Tener un derecho sólo significa ser titular de un interés que jurídicamente se protege, pero la titularidad de tal derecho, en ningún modo, implica una valoración de verdad o falsedad, de bondad o maldad.

---

33 Cfr. KANT EMANUEL, *Crítica del juicio*, Editorial Abeldo Perrot, Buenos Aires, 1999.

34 Corte Constitucional de Colombia salvamento de voto de la sentencia C-319 de 1996 (MP VLADIMIRO NARANJO MESA), formulada por CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, numeral 1.2.

35 VIOLA FRANCESCO, *La ética de los derechos*, Editorial DOXA, Alicante, 1999, págs. 507-524.

“Esto se debe —dice VIOLA— a que lo moral es lo que la gente piensa que es moral, ya sea determinándose mediante la corriente consensualista (que sostiene que lo moral o inmoral se deduce de los efectos de la conducta), la deontológica (que valora la acción en sí misma) o ‘de la virtud’ (que valora al sujeto en sí mismo)”.

Por último, la sociología (particularmente la alemana) también ha reaccionado frente a la posibilidad de confundir derecho y moral, de lo cual es un caso paradigmático la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN. Para LUHMANN,

“el hombre ya no es el centro de la sociedad sino la comunicación entre los sistemas, entendiéndose por tales la estructura social que funciona como “máquina de selección” de múltiples posibilidades”<sup>36</sup>.

De este modo, el hombre ya no es pretexto para que elementos exógenos a determinado sistema (el derecho, en este caso) determinen su modo de reducir complejidades, mucho menos si tales elementos exógenos (la moral) dependen de un acto volitivo subjetivo. Cada sistema es “autopoietico”, cada sistema evoluciona mediante la reducción de complejidades, lo cual no impide que tal sistema se comunique y se relacione con otros sistemas, con su entorno, tomando así elementos subsidiarios para reducir complejidades. La diferencia radica en que el sistema ajeno no puede subordinar la forma de reducir complejidades de otro sistema, porque su función es meramente instrumental, no condicionante. En el caso particular de la sentencia C-319 de 1996, la moral (una moral más o menos representativa, consensual en términos generales) pudo haber sido un argumento de expedición de la norma que penaliza el enriquecimiento no justificado, pero no puede ser un argumento moral el que motive un fallo de exequibilidad de una Corte Constitucional, porque ello querría decir que se considera constitucional lo que se ajuste a contenidos éticos de verdad muy particulares, de tal forma que la Constitución misma (los principios informadores de toda la actividad estatal) están condicionados por sistemas éticos singulares. Una cosa lleva a la otra, hasta llegar a la Constitución: peligroso. Las complejidades que se susciten a raíz de la interpretación de un texto normativo, entonces, no pueden reducirse sobre la base de razonamientos subjetivos y extrasistémicos.

Así las cosas, el hombre de la ilustración, el sujeto-cuerpo de FOUCAULT, el individuo como “fin” propuesto por KANT, no puede ser el pretexto de fusión de varios sistemas para reducir complejidades. No, no. Es por esto que la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS tampoco puede ser el

---

36 LUHMAN NIKLAS, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Universidad Iberoamericana y CEJA (Pontificia Universidad Javeriana), Bogotá, D.C., 1998.

“fundamento evolutivo de la sociedad ni un argumento interpretativo de textos normativos”<sup>37</sup>,

no siendo su “teoría de la acción comunicativa” equiparable a la comunicación intrasistémica que plantea LUHMAN, pues HABERMAS argumenta que:

“el desarrollo social se logra mediante “consensos”, y los consensos por el discurso, y el discurso existe porque la racionalidad (el sujeto) se manifiesta mediante la comunicación, de tal forma que los consensos, siendo producto de la manifestación de la racionalidad del individuo, dan lugar a “conclusiones racionales” (“verdades discursivas”) que validan las normas<sup>38</sup>.

De este modo, si para HABERMAS hay “una verdad discursiva”<sup>39</sup> que obliga (porque es fundamento de la validez de las normas jurídicas), la imposición autoritaria de preceptos éticos que en determinado espacio de discusión sean considerados como “conclusiones racionales”, como “consensos”, como “verdades discursivas”, no es una realidad muy lejana. En este orden de ideas, así HABERMAS distingue a la moral del derecho, su centro de argumentación en el individuo, como única fuente posibilitadora de la exteriorización de la racionalidad, sí supone, *a posteriori*, un peligro de subjetividad en el campo jurídico interpretativo. En la esfera del lenguaje el peligro del planteamiento de HABERMAS estriba en que, al ser la acción comunicativa que se deriva de la “interacción interpersonal” lo que determina el conjunto de reglas sociales, a lo cual le es indiferente un lenguaje [sistémico] contingente, los supuestos “consensos” que se derivan de dicha acción comunicativa son sólo conclusiones contextuales, supeditadas a un espacio cerrado de discusión (como lo es el Congreso o la Corte Constitucional); son sólo “consensos” aparentes. Por el contrario, esto no sucede cuando los consensos provienen de la acción comunicativa entre los sistemas (incluyendo al sistema de personas), pues, al no intervenir la inclinación moral particular de los miembros del Parlamento, Corte Constitucional, etc., tales consensos no adquieren una connotación subjetiva y ajena a la idea de representación que teóricamente inspira a los órganos del poder público, sino que realmente se estabilizan expectativas generales de la comunidad, se genera un contexto de facticidad de la norma que se expida, se general un contexto fundado en el principio de confianza.

---

37 Sin embargo, como se verá, el planteamiento de HABERMAS sobre los consensos es totalmente viables desde el punto de vista legislativo.

38 Cfr. HABERMAS JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, Chicago University Press, 2000.

39 LÜBBEL HERMMAN, *El decisionismo: una teoría política comprometida*, editorial desconocida, ciudad desconocida, fecha desconocida.

Para terminar con el tema de la distinción entre derecho y moral, como paradigma encaminado a justificar la exclusión de la moral como categoría de “bien jurídico”, como *categoría de derecho* exigible coercitivamente, hay que volver al principio. Este punto de partida consiste en el concepto de derecho, visto esta vez desde la perspectiva sociológica de LUHMANN. En este plano, entonces, se entiende al derecho como *la institucionalización racional de expectativas de expectativas*<sup>40</sup>. En otros términos, el derecho es un sistema que, de modo binario, determina qué derechos tiene el individuo y qué derechos no tiene, institucionalizando así determinadas expectativas. Pero, además, la segunda proposición “expectativas” se refiere a que el derecho no sólo institucionaliza las expectativas propias, sino que el sujeto titular de la expectativa funciona bajo la creencia, esperanza o certeza de que su conducta coincide con la de terceros que también respetan la norma que confiere expectativas. Si esto es así, la expectativa que la Constitución colombiana confiere a todo individuo de tener

“libertad de conciencia” y de “no ser molestado por razón de sus convicciones o creencias” (art. 18 C.N.),

supone:

- i) que la Corte Constitucional contraviene el concepto mismo de derecho al pretender darle la categoría de bien jurídico a un juego de expectativas morales que no están institucionalizadas (la moral social),
- ii) que la expectativa que la Constitución colombiana confiere a los individuos es de creer lo que quieran y de no ser molestado por tal razón, pero no la posibilidad de imposición de creencias abstractas sobre las cuales no existe consenso, y
- iii) que así como determinado sujeto no molesta a los demás por razón de convicciones o creencias, y así como dicho sujeto tiene la expectativa de que el Estado garantiza su libertad de conciencia, asimismo los demás tienen el deber de no molestar por razón de creencias y el Estado (incluyendo a la Corte Constitucional) tiene el deber de garantizar la libertad de conciencia.

Ahora, todo lo anterior dicho no implica que la moral no deba tener nada que ver con el derecho. Por el contrario, toda la anterior justificación de la distinción entre moral y derecho ha demostrado que se relacionan íntimamente y por eso es necesario justificar su diferenciación de funciones. Sencillamente la actividad

---

40 LUHMANN NIKLAS, *op. cit.*, caps. II, III y IV.

dianoética jurídica, la reducción de complejidades del sistema jurídico, la interpretación de la normatividad jurídica (mucho menos la penal) no puede condicionarse por factores exógenos, por recursos *ad hoc* que defiendan posiciones morales indeterminadas y subjetivas. JÜRGEN HABERMAS, por ejemplo, concretó la idea de que la moral no está totalmente separada (ni debe estarlo) del derecho cuando se refirió a la “función de complementariedad”. Según HABERMAS, la moral cumple frente al derecho un papel de complementario porque los

“discursos racionales suponen, por lo menos, morales, políticos y económicos, en la medida en que tales discursos sean susceptibles de institucionalización jurídica (...) *enmarcándose la función legislativa dentro de lineamientos morales (...) dentro de consensos morales*”<sup>41</sup>.

En este sentido, entonces, el origen de las normas, al ser de tipo racional, supone confrontación de dilemas morales que concluirán con la adopción de elementos de tal sistema, sin ser tal adopción (como lo hizo la Corte Constitucional) un invento o una apelación a un recurso *ad hoc* que absolutizan así el fin moral de una norma o del ordenamiento. En este mismo sentido, la Constitución colombiana aporta un “marco” o “lineamiento” de actuación moral a los órganos del poder público (art. 34 y 209 CN). Sin embargo, la norma constitucional funciona como un “mandato de optimización”<sup>42</sup>, es decir, como norma que ordena algo para que sea desarrollado en la mayor medida posible, de *acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas*. La moral no pasa por encima de lo jurídico. La moral, en términos constitucionales, es una directriz para el Estado, pero de ninguna manera es un bien jurídico, ni valor susceptible de sanción en caso de violación, ni, en fin, puede ser una norma en la cual se puedan subsumir hechos (premisas menores) para derivar de tal subsunción una consecuencia. No.

“La aparente radicalidad de autorreferencia se matiza por la comunicación del derecho con los demás sistemas mediante su código binario particular”.

MAX WEBER simplifica esta idea cuando dice que:

“el legislador racional expide normas con arreglo a ‘fines’ y con arreglo a resultados del trabajo intelectual que articula analíticamente ideas religiosas, morales y jurídicas... Sin embargo, una vez formalizada la norma [y es en este sentido que WEBER es positivista] hay que distinguir la racionalidad jurídica de la racionalidad religiosa o moral (...) porque

41 HABERMAS JÜRGEN, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado en términos de la teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 306.

42 ALEXY, ROBERT, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, revista *doxa* 5: 134-151, Alicante 1988, págs.137-149.

la racionalidad jurídica es autónoma<sup>43</sup> y, una vez expedida la norma, su legitimidad yace solamente en su legalidad (...) la discusión está cerrada”<sup>44</sup>.

Más claro resulta el papel de la moral en el derecho con la “validez procedimental” que HABERMAS otorga a las normas. Al respecto dice HABERMAS:

“La fuerza legitimadora del derecho la tienen los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias, siendo este desempeño argumentativo articulado por el *moral point of view*... tiene, así, la actividad legislativa un contenido moral implícito”<sup>45</sup>.

KLAUS GÜNTHER también reparó sobre esta idea, aclarando aún más el papel complementario de la moral. En síntesis, resulta claro para el autor que:

“en los contextos de fundamentación de normas, la razón práctica se hace valer examinando si los intereses son susceptibles de universalización”,

pero en los contextos de aplicación (que supone interpretación, claro) de normas, esta “razón práctica” (o nivel de persuasión argumentativa, digamos) se hace valer examinando si las normas ya no obedecen a un interés con validez universal potencial... “*examinando la imparcialidad del operador*”<sup>46</sup>.

En NIKLAS LUHMANN esa aparente radicalidad de “autopoiesis”, “autorreferencia”, autonomía de los sistemas, aparece matizada y racionalizada por su planteamiento de la existencia de un código binario o bivalente. Para LUHMANN, el sistema del derecho no es un “sistema cerrado” porque:

“el código binario con que opera (‘lo justo’/‘lo injusto’, ‘derecho’/‘no derecho’) permite la penetración de contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y la política”<sup>47</sup>.

Es así como contenido morales como “respeto a la vida”, la “dignidad”, “respeto a la libertad”, etc., se permean por el código binario como categorías justas y,

---

43 Aunque WEBER dice que la racionalidad del derecho es autónoma, al describir él mismo los procesos argumentativos de la expedición de normas positivas (la “racionalidad”) acepta, implícitamente, la incidencia de “sistemas” externos en la “racionalidad” o procesos argumentativos del derecho.

44 WEBER MAX, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 1993, pág. 653.

45 HABERMAS JÜRGEN, *ibidem*, pág. 555.

46 GÜNTHER KLAUS, “*Der sinn für Angemessenheit*”, Frankfurt, 1988, en *Facticidad y validez*, JÜRGEN HABERMAS, pág. 585.

47 LUHMANN NIKLAS, *The sociological Right observation*, Oxford University Press, 1986, pág. 264.

mediante lo que HABERMAS llama una “conciencia moral convencional”<sup>48</sup>, se *positivan* y de este modo adquieren un carácter jurídico-legal.

“De ahí que las normas jurídicas —dice HABERMAS al analizar a LUHMANN— tengan una validez ontológica no susceptible de quedar reducida a interpretación imperativa”<sup>49</sup>.

Es, entonces, mediante esta validez ontológica que empíricamente se van adicionando al sistema del derecho *expectativas normativas*. Los derechos fundamentales son buen ejemplo de cómo se institucionalizan estructuras que son empíricamente coherentes (expectativas normativas). Pero, en este nivel, los derechos fundamentales ya no son verdades ontológicas exigibles como bienes morales protegidos, sino como derechos, como categorías jurídicas; pero si el sistema del derecho no los adopta como elementos jurídicos, no tiene por qué apelarse a ellos:

“este tipo de argumentación (la deontológica) es una justificación del referente semántico de los textos normativos débil, muy débil”<sup>50</sup>.

Para alternar brevemente este punto con el pensamiento norteamericano, hay que recordar a RONALD DWORKIN. Piensa DWORKIN que en la sociedad existen unos “derechos morales”, “derechos de cada individuo a hacer lo que su conciencia les indica”. Estos derechos morales son antecedente de la legislación<sup>51</sup>,

“pero, una vez institucionalizadas las normas de derecho, éstas están por encima de los derechos morales de cada individuo porque de lo contrario se abre un espacio a la anarquía”<sup>52</sup>.

En este nivel, lo jurídico es algo muy distinto de lo ontológico. Para DWORKIN las constituciones son un buen ejemplo de la fusión de derechos morales y jurídicos en un mismo texto, dado que los primeros son antecedentes de los segundos. Esto se expresa nítidamente, según DWORKIN, en los derechos fundamentales y en los principios constitucionales, pues tales *normas* manifiestan positivamente la moral del pueblo; los derechos fundamentales y los principios constitucionales son la

---

48 HABERMAS JÜRGEN, ob. cit., pág. 575, *infra*.

49 Ibidem, pág. 573, *infra*.

50 Mc CORMICK NEIL, *Argumentation and Interpretation in Law*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., 2001, págs. 17 y sigs.

51 Esta idea tiene que ser matizada con la ideología alemana anteriormente expuesta porque, de lo contrario, sólo los derechos morales del legislador, del juez y del constituyente secundario, serían efectivos.

52 DWORKIN RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997, caps. VII y XI.



positivización de la “conciencia moral convencional del pueblo”. Pero ¿los principios constitucionales son normas jurídicas? HERBERT HART respondería a esta pregunta afirmativamente asegurando que:

“como todos los textos normativos jurídicos tienen una ‘textura abierta’ (pues todos usan ‘términos generales clasificatorios’), y como el legislador no puede prever todos los casos futuros para reglarlos debidamente, es necesario crear unas pautas generales, unas directrices genéricas, unos *standards* que iluminen la interpretación de las reglas (...) lo cual se hace efectivo por el sistema de precedentes”<sup>53</sup>.

Por su lado, KRIELE también respondería positivamente a esta pregunta afirmando que:

“sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica”<sup>54</sup>.

De esto se sigue (como lo hace ALEXY) que sean los principios los que, en caso de contradicción de reglas excluyentes, proporcionen “la posibilidad de procedimientos argumentativos”. El principio que se aplique ya es otro problema distinto, porque no se refiere a su existencia o inexistencia, sino a su peso [nivel de incidencia inmediata o jerarquía, se podría decir, pues el “peso” es un juicio sobre los principios demasiado metafísico] *en la ponderación que de ellos se haga*<sup>55</sup>. Pero, volviendo a la relación entre derecho y moral, y para concluir la participación norteamericana sobre el tema, hay que recordar lo que propone ROBERT NOZICK. NOZICK, atribuyendo un “deber” del Estado frente a los individuos, asegura que éste

“sólo puede establecer restricciones morales a los individuos, como las que están dadas por un fin (restricción ‘R’ al fin ‘S’)”<sup>56</sup>.

De este modo, el Estado, al establecer restricciones a los individuos, también participa de criterios morales, que para él están dados en justificaciones como las teleológicas.

Finalmente, puede cerrarse este tema en el país en cuestión (Colombia) y a su característico estilo.

---

53 HART H.L.A., *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

54 KRIELE M., *Properly and practical reasoning*, Gottinga, 1979, págs. 15 y 124.

55 ALEXY, ROBERT, *op. cit.*, págs. 139-141.

56 NOZICK ROBERT, *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

“Es necesario tener una buena dosis de perversidad —dice DARÍO JARAMILLO AGUDELO—, de indiferencia moral, para acudir a la deliberada imprecisión de las palabras que nombran una nueva realidad (...) términos que disfrazan antes de descubrir, que encubren antes de revelar. Pero esto no es nada. Imagínese el grado de retorcimiento mental que se necesita para recorrer el camino contrario al usual: tomar unas leyes, unas normas, unos reglamentos escogidos de la maraña y acomodarlos a pretensiones personales. A estos manejos que hacen los encargados de administrar un estándar mínimo de convivencia, la justicia, se debe nuestro caos y retroceso social. Por eso es que aquí no sólo los abogados, sino también los funcionarios, nos pueden patear y torturar con un inciso, con un párrafo, con una ley perdida y obsoleta. De ahí resulta el caos, el caos en que todos se exoneran del cumplimiento de la norma usando un lenguaje neutro, capaz de disfrazar o, si es el caso, justificar una situación particular”<sup>57</sup>... “por eso es que normalmente se concibe al derecho como una religión más, y a los abogados como sujetos educados en la liturgia de la palabra, gente que aprendió de memoria lo que sabe, sin ningún acervo visual de sus conocimientos, gente con un modo característico de no ver el mundo. El mundo convertido en letra, en su letra, en la letra que les interesa ver. La sagrada letra”<sup>58</sup>.

Puede decirse, después de todo lo anterior, que la delimitación de las funciones propias del sistema del derecho y la moral, y sus relaciones, abren la posibilidad de que la ley realmente se configure como el *medio* para alcanzar el *objeto*, y no como el instrumento de consecución de pretensiones particulares, en este caso morales. Sin embargo, de lo anterior también puede decirse que el uso que se haga de la ley, así como el operador jurídico, no puede contribuir a la realización del objeto del derecho si éste se sacraliza y es obtuso a la relación comunicativa con sistemas susceptibles de complementarlo, como el caso del sistema de la moral (o de los valores, u ontológico...).

## II. POLÍTICA Y DERECHO

Un segundo paradigma diferenciador del sistema del derecho, encaminado a suprimir posiciones impropias de elementos exógenos en dicho sistema, es la distinción con el *sistema de la política*, pues en Colombia (concretamente en la sentencia C-319 de 1996) la actividad judicial (de la Corte Constitucional, en este caso) también ha propiciado el posicionamiento de elementos políticos en lugares que suplantán y condicionan a los criterios propios del sistema del derecho. Es así como se llega a la suplantación y no a la complementación de juicios jurídicos en la *reducción de complejidades* del sistema del derecho. El salvamento de voto de

---

57 JARAMILLO AGUDELO DARÍO, *Memorias de un hombre feliz*, Editorial Alfaguara, Bogotá, D.C., 1999, pág. 46.

58 JARAMILLO AGUDELO DARÍO, *Cartas cruzadas*, Editorial Alfaguara, Bogotá, D.C., 1997, pág. 323.

la sentencia en cuestión, a cargo de CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, tocó ya el tema en los siguientes términos:

“Por todo lo anterior se repite: a la justicia y a la justicia penal en particular, no les corresponde la guerra contra la corrupción política. En situación de crisis profunda de legitimidad, ésta tiende a desplazarse o concentrarse en la administración de justicia. Ello opera simultáneamente como demanda de la sociedad civil y en razón a la falta de respuesta institucional. Llevado al extremo este desplazamiento y sobre todo en cuanto él se concentra en la función punitiva, la urgencia de castigo sin medida termina por desestructurar la propia función de justicia; *la sobrepoliticación del sistema penal asediado por demandas que no alcanza a canalizar termina por bloquearlo*. La teoría sociológica de los sistemas, concretamente la sociología del derecho, elaboradas por el sociólogo alemán NIKLAS LUHMANN, y sobre todo su visión de *los derechos fundamentales como estructuras intrasistémicas* que sirven de límites permanentes del sistema del derecho, frente a la pretensión siempre mayor *de invasión del sistema de la política al del derecho*, constituye una gran ayuda para entender esta dimensión de confusión de esferas: *el sistema del derecho, o un subsistema del mismo, como es el derecho penal, está incapacitado para ofrecer justicia, si en su funcionamiento es invadido por la política*; la sobrepoliticación es contraria a la justicia como actuación consistente, coherente del sistema. *Los derechos fundamentales son para el sociólogo, una “institución” que el sistema del derecho en su evolución ha incorporado y sin los cuales no es posible su funcionamiento. Estos impiden toda involución del sistema mismo; involución que es mirada por LUHMANN como propiciatoria siempre de toda forma de autoritarismo. Al recurrir el derecho penal a la moral; al servirse de fórmulas como la “moral social” por ejemplo, por fuera de él mismo y como recursos ad hoc, se niega el sistema, se neutraliza su función, pues se bloquea con elementos extraños y que aquél no reconoce y no logra procesar. La moral, el derecho y la política son sistemas autodiferenciados cada uno de ellos respecto de los demás. Ninguno constituye el centro de la sociedad y cada cual debe “reducir complejidad”; es decir, tematizar y resolver los dilemas y problemas que se le plantean. Toda confusión de ámbitos y toda invasión de un sistema a otro, causa trastornos e involuciones que repercuten negativamente sobre el funcionamiento de toda la sociedad en conjunto”*<sup>59</sup>.

Con base en esto, resulta claro que la decisión mayoritaria nuevamente induce la intrusión de sistemas ajenos al derecho como criterios condicionantes del modo en que el derecho deber reducir complejidades, cosa que puede generar, como ya lo hizo en Alemania y en Italia de mitades del siglo XX, tiranías. Sin embargo, es necesario hacer algunas reparaciones en el uso que el salvamento de voto hace de la teoría de los sistemas de LUHMANN.

---

59 Corte Constitucional de Colombia, salvamento de voto de la sentencia C-319 de 1996, MP. VLADIMIRO NARANJO MESA, numeral 2.

En primer lugar, puede ponerse en tela de juicio afirmar que LUHMANN plantee que los derechos fundamentales son una “institución” (como lo dice el salvamento de voto) y no una “expectativa normativa”, como lo llama LUHMANN, pues “expectativas normativas” son estructuras afianzadas en el sistema del derecho que empíricamente han mostrado ser coherentes y que, por lo tanto, resultan irremovibles. En términos de HABERMAS, las expectativas normativas de LUHMANN son:

“expectativas cognitivas dogmatizadas, expectativas cognitivas sostenidas por la voluntad de ‘no aprender’, las cuales se aseguran por una autoridad estatal mediante sanción: son expectativas transformadas en derecho”<sup>60</sup>.

Una institución, en cambio, se puede entender

- i) como: “una realidad social que depende de los agentes que realizan funciones”<sup>61</sup>  
o
- ii) como “un complejo normativo que regula fenómenos”<sup>62</sup>.

En la primera acepción es imposible aceptar a los derechos fundamentales como institución, pues éstos no son realidades sociales dependientes de los agentes, sino decantaciones empíricas que se estiman coherentes. En el segundo sentido, sin embargo, puede decirse que la naturaleza intrínseca de los derechos humanos, en LUHMANN, es ser expectativas normativas que posteriormente se institucionalizan. Es algo así como hablar de dos momentos distintos. En este orden de ideas, los derechos fundamentales hacen parte del sistema del derecho, son expectativas normativas del sistema del derecho, no “institucionales” ni categorías intrasistémicas, pues entre los sistemas está su entorno y su acción comunicativa.

En segundo lugar, la mera adopción de elementos políticos en el sistema jurídico no implica que éste se bloquee, pues, como ya se vio, el código binario justicia-no justicia, derecho-no derecho, que caracteriza al sistema jurídico, admite la asunción de elementos exógenos al sistema; lo que no puede aceptarse es la excedencia de rangos que a la política no le corresponden dentro del sistema del derecho. Al respecto dice HABERMAS, al referirse a LUHMANN:

“Porque el derecho guarda una estrecha relación con la política, por un lado, y con la moral, por el otro, la racionalidad del derecho no puede ser sólo asunto suyo... y es que

---

60 HABERMAS JÜRGEN, ob. cit., pág. 564, *supra*.

61 SEN AMARTYA, *Desarrollo y libertad*, Editorial Planeta, Bogotá, D.C., 2001.

62 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-322 de 1996, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

esto no es nuevo. Para HOBBS, en última instancia, el derecho positivos es una forma de organización del poder político”<sup>63</sup>.

Además, comunidades jurídicas sobresalientes como la *Critical Legal Studies*, argumentan que la actividad dianoética jurídica no puede estar simplemente fundada en justificaciones jurídicas, sino que tiene que evaluar las consecuencias de lo que justifique, bajo criterios de eficiencia y optimización<sup>64</sup>. De ahí se derivan los argumentos interpretativos “consecuencialistas”<sup>65</sup>, lo cual, claramente, implica juicios políticos, de modo que la adopción de elementos exógenos mediante el código binario no es equivalente a una “invasión que bloquee y no deje funcionar al sistema”.

Incluso, la relación por código binario entre el sistema de la política y del derecho, ha sido tabulado por HABERMAS del siguiente modo<sup>66</sup>:

CUADRO 1

Código	Funciones	
Poder	Función propia	Función del uno para el otro
Derecho	Realización de fines colectivos	Institucionalización estatal del derecho.
	Estabilización de expectativas de comportamiento.	Medio de organización de la dominación política.

63 HABERMAS JÜRGEN, *ibidem*, pág. 570.

64 KALDOR HICKS J., “*Welfare prepositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*”, *Economic Journal*, vol. 69: 549-552. “Una asignación de recursos puede ser considerada eficiente a pesar de que halla perdedores en ella, siempre y cuando exista una utilidad neta en la diferencia entre dos estados diferentes de distribución”. Bajo este concepto de eficiencia, a pesar de la existencia de “perdedores”, si se hace verificable que hay utilidad en esta distribución de recursos a la población respecto a otra distribución, se tendrá una eficiencia y, por lo tanto, el fallo basado en las “consecuencias” habrá obtenido el resultado perseguido. Asimismo, habrá una distribución “*optima*” en sentido de Pareto (óptimo de PARETO), pues, según este autor (en *Curso de Economía Política*), “hay una distribución de recursos óptima si el mejoramiento del bienestar de una persona (la sociedad civil en general) es a expensas sólo de otra (los trabajadores), en donde otra alternativa de redistribución será ‘superior’ en la medida en que nadie es perjudicado con la asignación y mejoramiento del bienestar de otra”. Así las cosas, la eficiencia unida a la optimización, inducen una “utilidad” (en el sentido de COLEMAN, expuesto a continuación).

65 COLEMAN JULES, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, Cambridge University Press, 1988, cap. 4. El sentido de consecuencialismo usado hace referencia a los efectos de tipo económico que implica una u otra decisión por parte de la Corte Constitucional, entendiendo por efectos económicos la cuantificación dada mediante los conceptos de *eficiencia económica* y *optimización* como indicadores de la capacidad del Estado para la realización de sus fines constitucionales. Bajo esta cuantificación, habrá utilidad “cuando una comparación interpersonal del bienestar material, a partir de una reasignación de recursos, sea conducente a la prosperidad (la cual se destina al gasto público en el presente caso)”.

66 HABERMAS JÜRGEN, *ibidem*, pág. 211.

A modo de conclusión, entonces, la crítica del salvamento de voto al alto nivel de incidencia de la política en la actividad judicial, es coherente, pero excluir totalmente a la política del derecho, cuando se relacionan íntimamente a causa de la similitud de fines que manejan (el orden social, el encauzamiento de la sociedad, etc.), es privar al derecho de realismo. Tal fenómeno se debe constatar, por ejemplo, en el uso de argumentos interpretativos consecuencialistas por parte del órgano legislativo, y de hecho se constata en la Corte Constitucional (y es ahí, en la actividad judicial, en donde la política *invade* al derecho —*sobrepolitización*—), la cual afirma que en sus fallos debe atenderse también a un “juicio de razonabilidad”<sup>67</sup>, que se traduce como un juicio político. Pero la actividad del órgano legislativo, claramente, tiene que tener en cuenta criterios políticos para elaborar leyes que no sean ajenas a la realidad. Un ejemplo de esto es la incorporación a distintos ordenamientos penales del “principio de oportunidad”, según el cual no todos los delitos cometidos en la sociedad tienen que ser atendidos por el sistema penal mediante pena privativa de la libertad. El criterio en que se basan los ordenamientos para incorporar tal principio, es el de *eficiencia, el de selectividad penal, el de regulación de la discrecionalidad del procesamiento criminal*. Es de este modo como la política, en la rama legislativa, entra a complementar el derecho, no ocupando así posiciones que no le corresponden (como fallos basados en criterios “eficientistas-autoritarios”<sup>68</sup>).

### **III. UN PARADIGMA INTERNO COMO CASO PRÁCTICO: EL DEBIDO PROCESO**

Por último, se tiene que hablar de un paradigma diferenciador del sistema del derecho referente a su interior. Esta diferenciación interna se refiere a una *expectativa normativa* que ha sido fijada por el propio sistema y que propicia la “justicia”, es decir, la “correcta reducción de complejidades”. Esta expectativa normativa, este derecho fundamental inmutable, se refiere al *debido proceso*, el cual no puede entenderse sin la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos constitutivos. Sin la concurrencia de tales elementos constitutivos, el referente semántico del derecho al debido proceso se desarticula y queda convertido en fragmentos dispersos que ya no constituyen la *expectativa* normativa que se ha fijado en el sistema del derecho. Así las cosas, juzgar si la Corte Constitucional violó o no el derecho fundamental al debido proceso, es decir, si omitió o no una característica fundamental y diferenciadora del sistema del derecho respecto a otros

---

67 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1064 de 2001.

68 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-319 de 1996, salvamento de voto, numeral 3.1.

ordenamientos, requiere una aproximación al *referente semántico*<sup>69</sup> de la expresión *debido proceso*.

La Constitución Política de Colombia (art. 29 CN), para no ir muy lejos, ofrece una aproximación al concepto, definiéndolo como el

“derecho de toda persona a no *ser juzgado sino por las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante la autoridad competente y con observancia de las formas propias de cada juicio*. En material penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva y desfavorable. *Toda persona se presume inocente mientras no se declare judicialmente culpable...*”.

La Corte Constitucional, por su lado, ha concebido tal derecho en los siguientes términos:

“El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra *legem o praeter legem*. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Éstos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la *recta administración de justicia*”<sup>70</sup> ...

“Debido proceso es el derecho de un conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las resoluciones judiciales<sup>71</sup>.

De este modo, como dice IHERING, el debido proceso no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimentales, sino una debida fundamentación de las resoluciones judiciales (o de cualquier órgano del poder público investido de autoridad), basadas en el principio de legalidad, juricidad, tipicidad, recta administración de justicia, de inocencia, de presunción de la buena fe, de derecho de defensa, de debida fundamentación de las resoluciones judiciales, prosecución de la prueba más allá de la “duda razonable”. Son éstos, entonces, algunos elementos relevantes de la anatomía del derecho al debido proceso.

---

69 CAPELLA JUAN RAMÓN, *El derecho como lenguaje*, Editorial Ariel, Barcelona, 1968, pág. 70 y sigs. La aproximación semántica del lenguaje consiste en el establecimiento de la relación de los signos y su significado.

70 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-001 de 1993, MP JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN.

71 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-458 de 1994, MP JORGE ARANGO MEJÍA.

Claro esto, hay una base para disentir con algunos puntos de la parte motiva del fallo C-319 de 1996 que argumentan cómo el artículo 148 CP y 1° dec. 1895 de 1989, no violan la expectativa normativa del debido proceso.

Con respecto a los servidores públicos, la Corte afirma que ellos están en posición de constante exigibilidad por parte del Estado porque se pretende sanear la administración pública, cuyo patrimonio se disminuye injustificadamente a causa del incremento patrimonial ilícito de aquellos servidores que se apropian de porciones del tesoro público<sup>72</sup>. Más adelante afirma la Corte que:

“es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpables, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible (...) es, entonces, *la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación (...) no se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento patrimonial, sino de presumir no justificado todo incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable*”<sup>73</sup>.

La Corte, entonces, presume ilícito un incremento patrimonial desde antes que se ha demostrado que lo es, poniendo en condición de justificar el incremento a quien prematuramente se presume que lo obtuvo ilícitamente; no se verifica la presunción de inocencia de una manera así. Ahora, esto no es totalmente arbitrario por parte de la Corte Constitucional. Lo que pasa es que dos principios se enfrentan: por un lado, la necesidad fiscal de sanear aceleradamente las finanzas públicas, para lograr así mayor eficiencia por parte del Estado en aspectos que la misma Constitución declara “prevalentes” como el gasto público social (art. 366 CN); pero, por el otro lado, se encuentra el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CN)<sup>74</sup>. Habría pues que hacer, como lo plantea ROBERT ALEXY<sup>75</sup>, una ponderación de principios entre esos dos principios (lo cual excluye a la supuesta “moral social” de una ponderación). Pero en esta ponderación tiene que “pesar” más, mucho más, un derecho fundamental que se ha incrustado en el ordenamiento como expectativa normativa y que se ha mostrado empíricamente coherente, entre otras porque institucionaliza una expectativa *individual* de cada sujeto frente al Estado. Así las cosas, el hecho de que el Estado tenga un derecho de mayor exigibilidad frente a

---

72 Ibidem, numeral 3, *supra*.

73 Ibidem, numerales 2 a3.

74 DWORKIN RONALD, *op. cit.*, cap. VII. El derecho fundamental al debido proceso, como otros que no posean una sanción inmediata en caso de violación, es un principio, porque funciona como directriz y no como presupuesto al cual se adiciona una sanción en caso de violación. En este mismo sentido, véase ZAGREBELSKY, *Derecho constitucional*.

75 ALEXY ROBERT, *ob. cit.*, pág. 162.



los servidores públicos, no implica que el Estado tenga derecho a emprender procesos basados en una presunción de ilicitud, violando el principio de la presunción de inocencia, lo cual pone al servidor en situación de justificar su incremento. Además, dada la vaguedad del término *desproporcionado y razonable*, presumir la no inocencia con base en tales conceptos es todo una propiciación a la arbitrariedad jurídica y a la posibilidad de imputaciones sin sustento. Por eso, antes de poner al individuo a demostrar cualquier cosa, el Estado tiene que demostrar que el incremento patrimonial es ilícito y, para que se verifique el tipo penal, culpable.

Por lo anterior, siguiendo el planteamiento del salvamento de voto de la sentencia en cuestión, el debido proceso y el saneamiento de las finanzas públicas se armonizan siguiendo, en vez de la presunción de ilicitud, la noción de “demostrabilidad”. Al respecto dicen los salvadores de voto:

“El Estado debe entonces probar la existencia material del ilícito o del injusto típico, esto es, de los elementos que conforman su tipicidad y antijuridicidad, así como la responsabilidad subjetiva de la persona, esto es la culpabilidad, pues una persona sólo puede ser condenada conforme a una ley preexistente y observando la plenitud de las formas del juicio (CP art. 29). Esto significa no sólo que la conducta punible debe estar claramente descrita por una ley previa sino, además, que los distintos elementos del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, deben ser demostrados por el Estado dentro del proceso correspondiente, pues únicamente así se desvirtúa la presunción de inocencia... supone la indubitable y *plena demostración probatoria de la inequívoca conducta punible, como requisito ineludible del debido proceso*, previo a la exigencia de responsabilidad... un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad, y que resulta invalidable frente al orden jurídico el condenar por una conducta que por insuficiente, equívoca o ambigua no se pueda demostrar. O sea que, en rigor la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable, se halla fusionada dentro del principio que, no obstante la penuria del lenguaje, podría denominarse de ‘demostrabilidad’ el cual presupone no sólo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta)”<sup>76</sup>.

De este modo, el mero indicio no es suficiente para poner en condición de justificación a un sindicado, sino la demostración material mediante cargas probatorias como las financieras o mediante

“la confesión, la autoacusación involuntaria, el testimonio, la inspección ocular, el perito”<sup>77</sup>, etc.

---

76 Corte Constitucional de Colombia (1996). *op. cit.*, numeral 3.2. “Debido proceso, carga de la prueba y noción de demostrabilidad”.

77 TSCHADECK OTTO, *La prueba*, Monografías jurídicas, Bogotá, D.C., 2001.

Desde el punto de vista lingüístico, el referente semántico “inocente” (en cabeza de una persona) no puede ser alterado hasta que existan “verificaciones” que justifiquen otro referente por parte del operador; es decir, a diferencia de la “inocencia”, la culpabilidad exige la concurrencia de “evidencias que justifican la denominación”<sup>78</sup>. WAISSMAN diría, con respecto a esto, que la culpabilidad exige una “regla de inferencia”, una conexión entre enunciados de la forma “de —S— se sigue —P—”<sup>79</sup>. Continuando con el punto de vista lingüístico, si se asumiera que nada es probable en el mundo jurídico y que por lo tanto el planteamiento de WAISSMAN es incorrecto, se podría decir, entonces, que la desvirtuación de la presunción de inocencia “sólo puede basarse en justificaciones, en argumentaciones”<sup>80</sup>, particularmente en aquellos argumentos “que parten de los hechos”<sup>81</sup>.

Lo anteriores argumentos son igualmente aplicables a los particulares pero en una forma distinta, pues el “enriquecimiento injustificado” de ellos se halla conexo con otro delito judicialmente declarado. Más claramente, se violaría la presunción de inocencia si, como hizo la Corte, se omitiera que el incremento patrimonial injustificado debe tener vínculo con un acto delictivo judicialmente declarado, no siendo el mero incremento injustificado delito autónomo. Esto se deriva de una interpretación literal del art. 1° dec. 1895 de 1989, norma que puede considerarse más bien “clara”.

Ahora, la violación del principio de inocencia no sólo transgrede el derecho al debido proceso, sino que tiene graves repercusiones en el fallo definitivo en el sentido de que de allí se sigue una decisión arbitraria, en donde todo el proceso judicial se convierte en un mero “el disfraz jurídico”, en la justificación de una creencia previa del juez; como dice GERMÁN SILVA GARCÍA,

---

78 WAISMANN, FRIEDRICH, *Verificabilidad*, ponencia del simposio tomado de *Proceedings of the Aristotelian society*, “*Aristotelian society*”, vol. 19, 1945, pág. 57. “El contenido de un enunciado no es sino el total de evidencias que justificarían su afirmación”. Desde este punto de vista (del evidencialismo), la expresión *culpabilidad* sólo la puede componer el conjunto de evidencias que justifican tal expresión; pero, mientras tal afirmación no se haga verificable, no puede sentenciarse ni presumirse que un sujeto sea culpable de un acto que se le imputa.

79 *Ibidem*, pág. 58.

80 GIANFORMAGGIO LETIZIA, *op. cit.* Dado que la interpretación supone una actividad deanoética, por “presunción de culpabilidad”, en el caso concreto, debe entenderse “una argumentación de fallo o presunción basada en los patrones fácticos y en patrones normativos”, no en factores exógenos que constituyen elementos antijurídicos como parámetros decisionales.

81 FRANK JEROME, *Derecho e incertidumbre*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Centro Editor de América Latina, 1993.

“se le da apariencia jurídica a una decisión previamente tomada, a un preconceito prematuramente adoptado (...) todo el proceso se convierte en la reconstrucción fragmentaria y discursiva de los hechos”<sup>82</sup>.

Nuevamente: una cosa lleva, irresistiblemente, a la otra. Peligroso. Omitir que la denominación de “culpable” es sólo la decisión-producto de las decisiones previas del juez (en modelos decisionales paradigmáticos como el de SILVA GARCÍA<sup>83</sup> o el de JERZY WROLEBSKY<sup>84</sup>) distorsiona la identidad del derecho en cuanto a su código funcional binario (los justo/lo injusto). Su forma de reducir complejidades, mediante este código, se corroe y se degenera porque omite expectativas normativas que han quedado fijadas como justas y como derechos, de tal forma que su forma de reducción de complejidades ya no es identificable por funcionar bajo la subordinación a criterios de justicia e injusticia, derecho y no derecho, sino que se ahoga en criterios eficientistas inoportunos al sistema del derecho<sup>85</sup>. Peligroso para la identidad del sistema. Peligroso.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Revista *Doxa* 5: 134-151, Alicante, 1988.
- AUSTIN JOHN, *The Province of Jurisprudence*, WEINDELFIELD and NICOLSON (3a edición), Londres, 1968.
- BENTHAM JEREMY, *Tratados de la legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- BOBBIO NORBERTO, *Teoría general del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

---

82 SILVA GARCÍA GERMÁN, *El mundo real de los abogados y la justicia*, editorial desconocida, Bogotá, D.C., 2001.

83 *Ibidem*, pág. 47. Para el autor, las decisiones del juez se reducen a: (i) decisión de interpretación; (ii) decisión de prueba (validez y evidencia); (iii) decisión final (consecuencias)<sup>84</sup>.

84 WROLEBSKI JERZY, “Ideología de la aplicación judicial del derecho” en *Crítica jurídica*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1992. Para WROLEBSKY, como otro modelo decisional paradigmático, los pasos previos a la resolución y adjetivo de culpabilidad o inocencia, son: (i) *Determinación de las reglas en vigor para decidir el caso*; (ii) *Determinación de los hechos que inciden en la decisión*; (iii) incorporación de los hechos a las normas legales; (iv) elección de consecuencias e imputación de categoría (o adjetivo) jurídico. Si este orden se invierte (como cuando se imputa el adjetivo de culpabilidad en el primer nivel de la decisión) hay arbitrariedad y se hace notorio cómo la violación de un elemento constitutivo del derecho al debido proceso (la presunción de inocencia) lleva a que otros elementos constitutivos, como la “recta administración de justicia, la debida fundamentación de las resoluciones judiciales y prosecución de la prueba más allá de la “duda razonable”, se violen también.

85 Estos “criterios eficientistas inoportunos”, en el caso particular de Colombia para 1996, adquirieron especial nitidez por la necesidad del Estado de propiciar elementos de sanamiento de los órganos del poder público, dado que, para tal año, los hechos causantes y reveladores que implicó el desarrollo del llamado “Proceso 8.000”, manifestaron la alta injerencia del narcotráfico en la actividad gubernamental.

- CAPELLA JUAN RAMÓN, *El derecho como lenguaje*, Editorial Ariel, Barcelona, 1968.
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Cómo nace el derecho*, Monografías jurídicas, Bogotá D.C., 1999.
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Teoría general del delito*, trad. VICTORIO CONDE, Revista de Derecho Privado, Madrid 1941.
- COLEMAN JULES, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- DWORKIN RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, 1997.
- DWORKIN RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.
- FOUCAULT MICHEL, *Vigilar y castigar*. Editorial Taurus, Ciudad de México, D.F., 1980.
- FRANK JEROME, *Derecho e incertidumbre*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Centro editor de América Latina, 1993.
- FROSSINI VITTORINO, *La letra y el espíritu de la ley*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia y salvamento de voto de la sentencia C-319 de 1996, MP VLADIMIRO NARANJO MESA,, formulada por CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1064 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-001 de 1993, MP JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-322 de 1996 MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-458 de 1994 MP JORGE ARANGO MEJÍA.
- GAVIRIA DÍAZ CARLOS, *Temas de introducción al derecho*, Editorial Señal, 1994.
- GIANFORMAGGIO LETIZIA, *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica*, XVI congreso nacional de la sociedad italiana de filosofía jurídica y política, Padua, mayo de 1983.
- HABERMAS JÜRGEN, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado en términos de la teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- HABERMAS JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, Chicago University Press, Chicago, 2000.
- HART H.L.A., *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HEGEL FEDERICO, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Habledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- HOBBS THOMAS, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

- HOHFELD W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- HORKHEIMER MAX, *Dialéctica de la ilustración*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- JARAMILLO AGUDELO DARÍO, *Cartas cruzadas*, Editorial Alfaguara, Bogotá, D.C., 1997.
- JARAMILLO AGUDELO DARÍO, *Memorias de un hombre feliz*, Editorial Alfaguara, Bogotá, D.C., 1999.
- KALDOR HICKS J. "Welfare prepositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, vol. 69: 549-551.
- KANT EMANUEL, *Crítica del juicio*, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- KANT EMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1997.
- KELSEN HANS, *Teoría pura del derecho*, Editorial Unión, Bogotá, D.C., 2000.
- KRIELE M., *Properly and practical reasoning*. Gotinga, 1979.
- LÓPEZ MEDINA DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, Editorial Legis (UNIANDÉS), Bogotá, D.C., 2001.
- LÜBBEL HERMMAN, *El decisionismo: una teoría política comprometida*, editorial desconocida, ciudad desconocida, fecha desconocida.
- LUHMANN NIKLAS, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Universidad Iberoamericana y CEJA (Pontificia Universidad Javeriana), Bogotá, D.C., 1998.
- LUHMANN NIKLAS, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- LUHMANN NIKLAS, *The sociological right observation*, Oxford University Press, 1986.
- Mc CORMICK NEIL, *Argumentation and interpretation in law*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., 2001.
- NOZICK ROBERT, *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- RADBRUCH GUSTAV, *Filosofía del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.
- RAWLS JOHN, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- REYES ECHANDÍA ALFONSO, *Tipicidad*, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 1989.
- ROCCO ARTURO, *El objeto del crimen y de la tutela jurídica penal*, Editorial Unidad Tipográfica Editrice, Torino, 1960.

- ROUSSEAU JUAN JACOBO, *El contrato social*, Editorial Panamericana, Bogotá, D.C., 2001.
- SCHOPENHAUER ARTHUR, *El amor, las mujeres y la muerte*. Editorial EDAF, Madrid, 1968.
- SEN AMARTYA, *Bienestar, justicia y mercado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- SEN AMARTYA, *Desarrollo y libertad*, Editorial Planeta, Bogotá, D.C., 2001.
- TSCHADECK OTTO, *La prueba*, Monografías jurídicas, Bogotá, D.C., 2001.
- VELLUZZI VITO, *Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil?*, tercer seminario italiano-español de teoría analítica del derecho, Sitges, 1997.
- VIOLA FRANCESCO, *La ética de los derechos*, Editorial DOXA, Palermo-Italia, 1999.
- WAISMANN FRIEDRICH, *Verificabilidad*, ponencia del simposio tomado de *Proceedings of the Aristotelian society*, "Aristotelian society", vol. 19, 1945.
- WEBER MAX, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 1993.