



Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores
Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto

Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

Máximo Vicuña de la Rosa

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto

Autores

Máximo Vicuña de la Rosa
Andrea Johana Aguilar-Barreto
Gladys Shirley Ramírez Villamizar
Edward Fabián Latorre Osorio
Diana Marcela Pantaleón Pinto
Verena Bernarda Ramírez Morales
María Susana Marlés Herrera
Claudia Parra Meaurio
Rafael Pulido Morales
Linda Johana Reyes Moreno
Bibiana Stherly Quintero Orozco
Wilkar Simón Mendoza Chacón
Martha Juliana Sánchez Delgado
Alba Patricia Guerrero Cárdenas
Brayan Orlando Rodríguez Velásquez



Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores

©Máximo Vicuña de la Rosa
©Andrea Johana Aguilar Barreto

Autores

©Máximo Vicuña de la Rosa
©Andrea Johana Aguilar Barreto
©Gladys Shirley Ramírez Villamizar
©Edward Fabián Latorre Osorio
©Diana Marcela Pantaleón Pinto
©Verena Bernarda Ramírez Morales
©María Susana Marlés Herrera
©Claudia Parra Meaury
©Rafael Pulido Morales
©Linda Johana Reyes Moreno
©Bibiana Stherly Quintero Orozco
©Wilkar Simón Mendoza Chacón
©Martha Juliana Sánchez Delgado
©Alba Patricia Guerrero Cárdenas
©Brayan Orlando Rodríguez Velásquez

Nuevas tendencias del derecho en Colombia / editores Máximo Vicuña de la Rosa, Andrea Johana Aguilar-Barreto; Gladys Shirley Ramírez Villamizar [y otros 14] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

133 páginas; figuras a color
ISBN: 978-958-5533-45-5 (Versión electrónica)

1. Positivismo jurídico 2. Jurisprudencia – Colombia 3. Igualdad ante la ley – Colombia 4. Reparación (Justicia penal)– Colombia 5. Derecho – Enseñanza 6. Derechos humanos– Colombia I. Vicuña de la Rosa, Máximo, editor-autor II. Aguilar-Barreto, Andrea Johana, editor-autor III. Ramírez Villamizar, Gladys Shirley IV. Latorre Osorio, Edward Fabián V. Pantaleón Pinto, Diana Marcela VI. Ramírez Morales, Verena Bernarda VII. Marlés Herrera, María Susana VIII. Parra Meaury, Claudia IX. Pulido Morales, Rafael X. Reyes Moreno, Linda Johana XI. Quintero Orozco, Bibiana Stherly XII. Mendoza Chacón, Wilkar Simón XIII. Sánchez Delgado, Martha Juliana XIV. Guerrero Cárdenas, Alba Patricia XV. Rodríguez Velásquez, Brayan Orlando XVI. Tit.

340.1 N964 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Grupos de investigación

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia
Rina Mazuera Arias
Democracia y Modernización del Estado Colombiano, Universidad Simón Bolívar, Colombia.
Florentino Antonio Rico Calvano
Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Colombia.
Inés Emilia Rodríguez Lara

ISBN: 978-958-5533-45-5

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co>

Barranquilla y Cúcuta

Producción Editorial

Conocimiento Digital Accesible. Mary Barroso, Lisa Escobar

Urb. San Benito vereda 19 casa 5. Municipio Santa Rita del Estado Zulia- Venezuela. Apartado postal 4020. Teléfono: +582645589485, +584246361167. Correo electrónico: marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Diciembre del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Como citar este libro

Vicuña, M. y Aguilar-Barreto, A.J. (Ed.). (2018). *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

1

SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO: NUEVO DERECHO¹

Máximo Vicuña de la Rosa

Abogado de la U. Libre seccional Cúcuta. Conciliador. Especialista en derecho procesal U. Libre. Especialista en docencia Universitaria convenio con la U. Holguín de Cuba, Magister en Educación Universidad Simón Bolívar. Ex-decano del programa de derecho de la U. Libre seccional Cúcuta. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y profesor del Área civil y Consultorio jurídico de la U. Simón Bolívar Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2343-4915>. Correo electrónico: mvicuna@unisimonbolivar.edu.co

Gladys Shirley Ramírez Villamizar

Abogada y Especialista en Derecho de Familia Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y Directora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <http://org/0000-0002-3271-795x> Correo electrónico: sramirez@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

Este producto académico es un avance del desarrollo del marco teórico del proyecto de investigación “Articulación del saber teórico civilista con la praxis en la resolución de litigios contractuales en Colombia. Diseño Didáctico”, que se ejecuta en la Maestría en educación del Instituto de Posgrado de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Se tomó como horizonte paradigmático las corrientes ius-filosóficas que enmarcan el mundo occidental, utilizando la metodología con enfoque eminentemente cualitativo de tipo histórico - hermenéutico. Se elaboró una matriz de análisis para analizar documentos, estudios presentados por los teóricos de la comunidad científica en la ciencia social y sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, No obstante, la fuerte oposición doctrinaria contra el antiformalismo en nuestro territorio, con la vigencia de la constitución de 1991 el nuevo derecho opera con un sistema de fuentes mixto. Con este trabajo se contribuye al fortalecimiento de las competencias de formación y práctica profesional del estudiante y abogado.

Palabras clave: Ius-naturalismo, ius-positivismo, realismo jurídico, neo-constitucionalismo, nuevo derecho.

¹ Capítulo derivado de la Investigación “Sistema jurídico colombiano” de la línea de filosófico-jurídica. presentado como ponencia en el Seminario Integrador “Nuevas tendencias del derecho en Colombia” en el programa de derecho de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. 2017-2

Colombian legal system: new right

Abstract

This academic product is an advance of the development of the theoretical framework of the research project “Articulation of theoretical civilist knowledge with praxis in the resolution of contractual litigation in Colombia. Didactic Design”, which is run in the Masters in Education of the postgraduate of the University Simon Bolivar, headquarters Cucuta. It was taken as a paradigmatic gaze of the philosophical currents that frame the Western world, using the methodology with eminently qualitative approach of historical – hermeneutic. An analysis matrix was developed to analysis documents and studies presented by the theorists of the scientific community in the social science and judgments of the Colombian Constitutional Court. However, the strong doctrinal opposition to anti-formalism in our territory, with the validity of the 1991 constitution, the new law operates with a mixed source system. This work contributes to the strengthening of the skills of training and professional practice of the student and lawyer.

Keywords: Ius-naturalismo, Ius-positivismo, legal realismo, neoconstitucionalismo, New right

Introducción

El capítulo de libro presentado a consideración de los estudiantes y juristas es un avance del marco teórico del estudio investigativo que se realiza en la Maestría en educación de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, denominado “Articulación del saber teórico civilista con la praxis en la resolución de litigios contractuales en Colombia. Diseño Didáctico”.

Es frecuente observar en la práctica profesional de estudiantes del consultorio jurídico y egresados de los programas de derecho, inseguridad cuando tienen que abordar la solución de los problemas litigiosos de carácter particular en la disciplina civil. Esta situación generalmente se presenta, porque el togado no dispone de una estrategia metodológica que le sirva para aplicarla, no obstante ser propietario del conocimiento adecuado. El tema planteado es importante analizarlo, porque en las controversias no solo es importante el conocimiento jurídico desde los elementos estructurales (*Iusnaturalismo*, *Iuspositivismo* y los precedentes vinculantes de las altas Cortes), sino, además, el método que se utilice para resolverlo.

Bajo la anterior postura, el objeto de estudio del trabajo se relaciona con la determinación de las corrientes del pensamiento filosófico que ha desarrollado el mundo jurídico occidental y la manera como incidieron en la conformación de nuestro sistema jurídico en la última reforma de la carta superior; que originó la jurisdicción constitucional y con ella la Corte Constitucional, guardiana del Estado Social de Derecho soporte de la dignidad humana.

El trabajo tiene relevancia, porque determina el primer paso estratégico metodológico para articular el saber civilista con la actuación ante el operador judicial en busca de la sentencia definitiva que resuelva una situación problemática en particular. Después el conocimiento y análisis de los elementos fácticos que origina la situación litigiosa el jurista debe disponer de las habilidades y destrezas para adecuarlos de manera correcta con el sistema de fuentes que operan en el ordenamiento constitucional.

Buscando la meta propuesta se analizaron documentos provenientes de connotados juristas que han sentado las bases para el desarrollo del pensamiento filosófico - jurídico y decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional que develan el sistema legal, utilizando técnicas e instrumentos propios del paradigma hermenéutico con enfoque cualitativo. Los resultados obtenidos muestran, que para resolver problemas litigiosos de manera idónea el jurista debe acudir inexorablemente al sistema de fuentes planteados en la constitución política.

Fundamentación teórica

Tendencias del derecho occidental

Para abordar el tema de las nuevas tendencias epistemológicas del derecho en Colombia, se hace necesario evocar por lo menos someramente las corrientes que filosóficamente explican la existencia, validez y la eficacia en el mundo occidental, toda vez, que en esta dirección evolucionaron los sistemas jurídicos y la forma de enseñarlo en Latinoamérica.

Si consideramos que lo jurídico tiene como fin percibir, interpretar y valorar la conducta humana desde un marco teórico sistematizado, el derecho es una ciencia, “por la adhesión a la teoría y los métodos empíricos de las ciencias sociales, o por la adecuación de la estructura a las fuentes del derecho” (Bernasconi, 2007, p. 9-37). La anterior afirmación invita entonces desde la filosofía del derecho a conocer la naturaleza de lo jurídico desde la concepción sobrenatural (Metafísica) fundada en principios y valores; como instrumento normativo gubernamental que surge de lo observado por el ser racional, o desde la fuerza vinculante de las decisiones que de manera constante emanan de los órganos encargados de administrar justicia (activismo judicial o sistema de precedentes).

Observado el derecho desde el conocimiento científico, en el contexto europeo y americano tres importantes maneras de concebir la naturaleza del ser humano y la realidad que lo rodea han impactado la regulación del comportamiento social, estableciendo cada una de ellas la fuente, la manera de interpretarlo y su validez. El *iusnaturalismo*, *iuspositivismo* y el realismo jurídico o sistema de precedentes.

Ius naturalismo en el sistema jurídico colombiano

Abordando el tema planteado en el epígrafe, es necesario mirar hacia atrás, para observar como el pensamiento filosófico naturalista ha concebido y desarrollado la fuente, validez y aplicación del derecho, pues esta tendencia siempre ha tenido vigencia en nuestro ordenamiento legal. Recientemente, la Corte Constitucional (Sentencia, C-284/15), impuso al operador judicial como requisito para utilizar un principio del derecho natural en la solución de un caso en particular, realizar una fuerte carga argumentativa para demostrar de manera racional la existencia, pertinencia y reconocimiento del principio por la doctrina más especializada.

Partiendo del pensamiento filosófico de Platón y Aristóteles, es la conciencia religiosa la que origina la escuela naturalista con las enseñanzas de los patriarcas cristianos, la escolástica y la teológica. El derecho natural es trascendente y anterior al derecho positivo, porque, (Marcone, 2005,

p.126), “bajo el amparo de la razón, la naturaleza, o de Dios, es asumido como el único orden regulador de validez universal, al que los hombres, guiados por la “recta razón”, pueden aspirar independientemente”.

Los principios que soportan el derecho natural *per se* son condiciones de la esencia del ser humano necesarios para la existencia y calidad de vida individual con las limitaciones que el comportamiento colectivo impone; porque, se parte (Ross, 2008) de premisas que son aceptadas por todas las corrientes del pensamiento, descubiertas, obligatorias y universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, convirtiéndose en verdaderas leyes que se imponen por la interpretación metafísica. (p.207)

En el campo del saber filosófico existen múltiples escuelas dedicadas a la interpretación para la comprensión del ser y los fenómenos físicos y sociales, que son indispensables (Gadamer, 1995, p. 85) “para la comunicación intrahumana y a través de ella, por lo menos llegar o aproximarnos a la verdad”. Por ser el derecho natural general, abstracto e inherente a lo humano, estas especiales condiciones generan indeterminación obstaculizando la función del intérprete al tratar de aplicarlo para resolver un problema en particular. Surge de inmediato el siguiente interrogante: ¿Cuál debe ser el método adecuado para darle contenido al principio que soportan el derecho natural?

La respuesta al anterior cuestionamiento es bastante compleja si consideramos que el derecho natural pertenece al campo de la subjetividad y por lo tanto, no hace visible contenidos de lenguaje que puedan ser objetos de interpretación, y porque además, frente a la diversidad de criterios sobre la forma de concebir el mundo, como lo afirma Pablo Ricoeur (citado por Briones, 2002, p.37) no existe una sola corriente del pensamiento que fundamente la interpretación de los símbolos del lenguaje. Por ejemplo:

En el universo de la hermenéutica, son variados los instrumentos metodológicos que facilitan al intérprete descartar la especulación y acercarse a la realidad, en nuestro caso, para comprender las categorías

de un sistema jurídico. El principal obstáculo que debe vencer el intérprete en la aplicación del derecho, tiene que ver precisamente con la determinación del contenido de los principios que construye el derecho natural. Conocer que es lo justo (Contreras, 2013), no se obtiene a través de un procedimiento de deducción silogística, se requiere un proceso de deliberación de razón práctica que determina el derecho en un caso concreto.

Frente a la indeterminación del principio del derecho natural, el sistema jurídico colombiano resuelve este problema, otorgando facultades al operador judicial para que construya el contenido de manera discrecional, ante la obligación que tiene de administrar justicia, aunque no exista norma aplicable al caso. De presentarse este hecho, debe entonces acudir a los postulados del derecho natural, determinado su contenido (Sentencia, C-083/95), mediante “una elevada carga argumentativa que le de viabilidad a la aplicación del principio”.

La corriente filosófica - jurídica iusnaturalista ha venido operando en nuestro sistema desde los albores de la independencia y el florecimiento del derecho constitucional (Acta de la constitución del Socorro. (1810)² y con mayor intensidad con la vigencia del preámbulo de la carta superior de 1991, como lo sostiene la Corte de cierre Constitucional (Sentencia, C-284/15), cuando afirma, que esta corriente se presenta como un conjunto de direcciones críticas al derecho positivo, como un ideal de contenido variable que pretende una corrección y perfeccionamiento del derecho vigente.

Fuerza del pensamiento positivista ilustrado

La ilustración, movimiento de nuevas ideas políticas, filosóficas

² Acta de constitución del Socorro. (1810). (...) Preámbulo: Las calles de esta Villa fueron manchadas por la primera vez con la sangre inocente de sus hijos que con un sacrificio tan heroico destruyeron la tiranía; y rompiendo el vínculo social fue restituido el pueblo del Socorro a la plenitud de sus derechos naturales e imprescriptibles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad, que depositó provisionalmente en el ilustre Cabildo de esta Villa y de seis ciudadanos beneméritos que le asoció para que velasen en su defensa contra la violencia de cualquier agresor, confiando al propio tiempo la administración de justicia a los dos Alcaldes Ordinarios para que protegiesen a cualquier miembro de la sociedad contra otro que intentase oprimirle.

y metodológicas que evolucionaron en Inglaterra y Francia en el siglo XVIII, rompe el paradigma metafísico que monopolizaba el conocimiento a través del ejercicio del poder que imponía la monarquía y la religión. Se desvela entonces el nuevo camino para acceder al conocimiento a través de la ciencia como único instrumento para acercarse a la realidad (Abbagnano y Visalberghi.1992. p. 397), dado que esta realidad está constituida por hechos naturales necesariamente ligados entre sí por leyes, que no se pueden estudiar y descubrir si no es con los métodos propios de la ciencia.

Este periodo, presenta el conocimiento como una nueva forma de concebir el mundo de las ideas. La ilustración, es un proceso (Suárez. 2013. p.17), mediante el cual, el hombre sustituye los mitos y el saber religioso por el ejercicio de la razón. Afirma, que es el desencantamiento del mundo, en el que la ciencia busca una explicación de la realidad.

Con los estudios realizados por el francés Augusto Conté a mediados del siglo XIX, se inicia el florecimiento del pensamiento filosófico del positivismo que construye el conocimiento a través de la observación de la realidad comprobable utilizando el método científico. Kelsen (1960) se apoya en aquellos trabajos para construir la teoría pura en la ciencia jurídica, considerando, que la conducta humana debe ser observada de una manera estática y general desde la norma escrita. En otras palabras, el derecho es para el positivismo un conjunto de normas escritas que regulan el comportamiento humano, constituyéndose en la principal fuente formal del derecho como instrumento regulador de las relaciones sociales.

El positivismo puro ha venido evolucionando y, hoy se cuenta, con la teoría racionalista H.L. Hart (1968, p.144), quien justifica la existencia y validez del sistema jurídico vista desde la obediencia y aceptación por los ciudadanos a las fuentes primeras y secundarias, aceptando el acercamiento al precedente judicial, pues considera que los tribunales en ocasiones pueden apartarse de las reglas escritas cuando tenga que apreciar "críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios

vigentes que son esencialmente comunes y públicos”.

El pensamiento positivista, a no dudarlo, incidió en el sistema jurídico de la corona española del siglo XVIII. Esta posición epistemológica, alimentada por eminentes teóricos de la ilustración, el formalismo romano y la visión codificadora francesa, se hizo visible en el estatuto real de Bayona de 1808, que rompió el poder absolutista del monarca, pero conservó la inspiración divina y la representación del soberano como máxima autoridad jurisdiccional en la tierra; sistema que se hizo extensivo a las colonias americanas a través de las leyes de indias mediante la expedición de cédulas reales, ordenanzas y acuerdos.

Nuestro sistema político siguió la senda positivista y religiosa que se concretó primigeniamente con el Acta de la constitución del nuevo gobierno de la provincia del Socorro de 1810, promulgada por la Junta de representantes del poder regional de la época, por medio de la cual se reconoció al pueblo como máxima autoridad política, el respeto a la religión cristiana, la persona y la propiedad, sin más limitaciones que las impuestas por la ley.

El positivismo generó en Colombia el establecimiento de un Estado de derecho, vigente desde el acta del socorro arriba mencionada, pasando por la constitución de Núñez, (Colombia. Constitución política de 1886), que consagró el deber de todos los nacionales y extranjeros de vivir sometidos a la Constitución, a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades, hasta llegar al florecimiento de la norma superior de 1991, que estipula el sometimiento de los jueces y particulares al imperio de la ley. (Art. 230 superior)

En el sistema jurídico colombiano, la ley escrita constituye la fuente formal del derecho por excelencia, fundamento de la validez y eficacia del orden social, instrumento prevalente e indispensable para la resolución de litigios; dispensando el método deductivo y, las escuelas de hermenéutica exegética, sistemática, histórica, legislativa entre otras, para su comprensión, teniendo en cuenta, (Sentencia, SU-747/98), que

toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco normativo. Se afirma entonces, que el positivismo se encuentra vigente en la nueva constitución.

Metodología

En la construcción del marco teórico del proyecto arriba mencionado se utilizó la ruta paradigmática histórico-hermenéutica con enfoque eminentemente cualitativo, porque, es el pasado el punto de partida para fundamentar el conocimiento presente y visualizar el futuro; siendo la historia en palabras del profesor cubano Leiseca citado por Delgado (2010) “la reseña de los sucesos pasados siendo el ser humano el sujeto de la historia y su fin, presentando en el presente el relato y consecuencias de los hechos del pasado, para que sirvan de enseñanza y guía en su labor del porvenir (p18).

Hermenéutico porque se interpretaron documentos (Barbera y Inciarte, 2012) buscando consideraciones de pensamiento, emociones o lógicas que conducen a conocer el significado de la conducta humana (p.4). Como técnicas e instrumentos se utilizó el análisis documental mediante la elaboración y uso de una matriz aplicada al contenido de libros, artículos, normas y jurisprudencia de las Cortes relacionadas con el sistema jurídico colombiano.

Resultados

Realismo jurídico colombiano

Ahora bien, al ubicarnos en el sistema de fuentes del derecho es obligatorio referenciar la percepción y explicación de la realidad de lo físico y el mundo subjetivo, porque el conocimiento jurídico (García. 2011.) “se fundamenta en la convicción que hace posible comprobar la existencia de un sistema de conocimientos ciertos y probables, respecto de un determinado sector de objetos de la realidad universal”. (p. 319)

El saber jurídico se construye partiendo de la observación y estudio

del comportamiento de los individuos en sociedad, análisis que por siglos han efectuado filósofos, sociólogos, psicólogos y juristas entre otros, aportando importantes y trascendentales teorías que postulan reglas y principios universales de convivencia, erigiéndose como paradigmas que moldean la forma de concebir la naturaleza, validez y la eficacia del derecho como ciencia social, que luego y de manera paulatina son transformados o suprimidos.

Caracterizado de esta manera, el derecho surge el conocimiento como un soporte para pensar de otra forma la realidad, el objeto y la práctica. La epistemología, se fundamenta en la lógica del saber, entendido como un campo y una experiencia del campo (Quiceno, 2011, p. 42). Este criterio, ubica el saber legal en la denominada dogmática jurídica que plantea el origen de las diferentes tendencias filosóficas que inciden en el momento de ser interpretadas para aplicarlas en la resolución metodológica de los conflictos sociales y particulares.

Existen entonces para el mundo occidental, varias formas de observar la validez y la eficacia del derecho, para ser utilizado en la resolución de controversias que emergen de la realidad social. Desde la concepción iusnaturalista estos dos elementos se miden desde la determinación de los principios y valores; para el sistema romano - germánico desde la postulación de la conducta enmarcada en el precepto legal, porque emana del Estado con el poder para atribuir consecuencias jurídicas (positivismo), y desde el sistema del precedente judicial (Botero, 2015.p.139.), por el acatamiento que desarrolla la sociedad del derecho de los jueces, pues se considera que el Juez es el agente más relevante en el mundo fenomenológico del derecho.

En términos generales, la escuela del realismo jurídico ve en el desempeño judicial la verdadera fuente formal del derecho, pues, el operador judicial toma en sus manos los acontecimientos sociales (hechos), resolviendo las controversias mediante el uso de postulados supra-sistemáticas, creando reglas de conducta que puedan tener efectos *erga omnes*, ya que el principio (Dworkin.2010.p.57)no debe limitarse a

demostrar simplemente los vínculos entre la práctica social y la jurídica, sino que, ha de continuar examinando y criticando la práctica social comparándola con normas independientes de coherencia y de sentido”.

Desde aquella mirada, el realismo jurídico norteamericano aparece con la figura del Juez Holmes quien según Recalde (2016) expone el postulado de la predicción del derecho atado a los hechos que estimulan al juez; por ende, el derecho es lo que en efecto éstos hacen, y no únicamente las normas y conceptos creados a partir de un razonamiento lógico (p.3).

Esta corriente epistemológica impactó el derecho latinoamericano y de manera especial el sistema de fuentes en Colombia, al extremo de afirmar la doctrina constitucional que hoy existe un nuevo derecho o mixto. Sostiene la Corte Constitucional (Sentencia, T-406/92) que el Estado Social de Derecho tiene en su contexto una visión institucional del interés general y, por lo tanto, cuando relaciona las normas constitucionales y los principios con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

El nuevo derecho en Colombia

No cabe la menor duda, que las corrientes del pensamiento *ius filosófico* antes mencionadas, incidieron en el derecho colombiano, como se puede observar, al visualizar el desarrollo histórico político de nuestro sistema jurídico, que devela la ausencia absoluta de un sistema originario de nuestra cultura, operando desde los albores del descubrimiento español un ordenamiento legal implantado a la fuerza. Como antes se expresó, hasta el ocaso de la constitución de 1886, el Estado funcionó bajo un orden eminentemente positivista, inspirado en los postulados metafísicos del derecho natural clerical, pero sometido al mandato superior de la ley como máxima expresión de seguridad jurídica, herramienta indispensable y necesaria para la resolución de los problemas sociales.

Emerge la constitución de 1991 y con ella el postulado del Estado Social de Derecho, que enmarca la nueva forma de concebir el sistema de fuentes del derecho; manantial del cual brota la función protectora por parte del Estado a los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, considerada (Sentencia, T-291/16) como el derecho inalienable y autónomo equivalente al trato especial que tiene toda persona por el solo hecho de serlo y a vivir de acuerdo a su libre discernimiento de manera eficaz y con el reconocimiento directo.

Con la vigencia de la actual constitución política, florece el neoconstitucionalismo para apoyar el activismo judicial, respondiendo de esta manera a la protección real y efectiva de los derechos fundamentales y estabilizar los cambios sociales. Como consecuencia, renacen las discusiones teórico - prácticas en relación a la interpretación, argumentación y la aplicación directa del texto superior que realizan los jueces y, de manera especial, la corte constitucional como órgano encargado de unificar la jurisprudencia y salvaguardar la integridad de la Constitución.

Los acontecimientos políticos que originaron el nacimiento de la nueva constitución, despejaron cualquier duda sobre la vigencia del sistema jurídico positivista clásico, siendo la norma emanada de los órganos estatales el instrumento esencial para resolver los problemas de la realidad social y por ende, regulador del sistema democrático. Adicionalmente aparece en la parte superior de la carta magna, moviéndose como péndulo el preámbulo que irradia con la energía *iusnaturalista* (principios y valores) la protección a los derechos fundamentales individuales, colectivos y la estructura del Estado; estableciendo reglas para garantizar (Sentencia, T-881/02) la dignidad humana, la prevalencia del interés general y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Para hacer efectiva aquellas garantías, el Artículo 116 superior creó la Corte Constitucional como máxima autoridad de la jurisdicción constitucional con capacidad para generar reglas con efectos *erga omnes* (Sentencia, T-121/17) de imperativo cumplimiento para todos los jueces

y los particulares (realismo jurídico), originando lo que hoy se denomina en la doctrina y la jurisprudencia el “nuevo derecho” pilar sobre el cual se edifica el Estado Social de Derecho.

La constitución política, no es un estatuto normativo simplemente, como se ha venido afirmando desde los tiempos de la revolución francesa en el derecho occidental, sino que, debe ser considerada, como la única fuente del derecho que valida y legitima la estructura del Estado, integrada como antes se firmó, con principios y valores abstractos e indeterminados, un ordenamiento positivo y órganos jurisdiccionales que dinamizan aquellos con gran sentido político - social.

La Corte Constitucional en la Sentencia (C-536/98) enseñó que esta particular manera de leer la constitución como estatuto supremo y necesaria para la organización del Estado, corresponde ante todo a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo y, a partir de la decisión fundamental que su promulgación implica, se erige en la norma básica en la que se funda y sostiene todo el orden jurídico del Estado.

El profesor López (2012) refiriéndose a la vigencia del antiformalismo en nuestro sistema legal, sostiene, que

En Colombia, en concreto la ampliación del universo de los derechos se debe a la influencia de, por lo menos, tres factores aportados por la constitución de 1991 y la interpretación judicial: *i*. El reconocimiento de los derechos subjetivos no depende necesariamente de su inclusión en textos legales especificados. *ii*. La jurisdicción constitucional tiene capacidad para proteger estos derechos subjetivos sin la mediación legal previa. *iii*. La creación de una acción general para proteger estos derechos (acción de tutela). (p, 447).

Con la vigencia del nuevo texto constitucional, se incorporó al orden legal la tendencia del “nuevo derecho”, que consiste en términos generales, en adherir al sistema de fuente las subreglas que nacen en la jurisprudencia de la Corte (*Ratio decidendi*) con efectos erga omnes (Artículo 241 superior). Esta tendencia, es igualmente considerada por

la doctrina como orden “mixto”, porque adopta un sistema (Martínez, 2011) que prefiere estándares o principios que, enunciando una regla generalísima, dejan su adecuación concreta a un juicio prudencial del intérprete y no a la capacidad de previsión del legislador”. (p.30)

En este sentido, la corte sometiendo la eficacia de la fuerza vinculante de aquellas subreglas, previa la presencia (Sentencia, T-0086/07) de al menos cuatro razones: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley que exige trato igual; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico.

Discusión

La información recaudada en el trabajo determinó que el sistema jurídico colombiano opera en torno a una trilogía esencial conformada por el *iusnaturalismo*, concebido en el preámbulo de la constitución en forma de principios y valores que soportan la dignidad humana en tanto que el Estado se erige social de derecho; la presencia de un ordenamiento legal que organiza los derechos individuales, colectivos y el funcionamiento del Estado cuya base es la misma carta fundamental y el bloque de constitucionalidad y, el antiformalismo o sistema de precedentes (decisionismo judicial), arista muy importante, porque a través de este se hace efectiva la garantía de los derechos fundamentales.

No obstante, existen voces de importantes teorizantes que discrepan del sistema del nuevo derecho, sobre todo, del método que utiliza la Corte Constitucional para emitir sus decisiones que constituyen precedente vinculante, pues consideran, que la alta corporación desborda sus facultades asumiendo función creadora de derechos que solo le compete al órgano legislativo.

El profesor Tamayo (2006) legitimo contradictor del antiformalismo puro, esgrime que donde se presenta la verdadera polémica jurídica está en la “facultad creadora del derecho que ejerce el Juez en su función jurisdiccional, pues se presentan escuelas que desconocen totalmente la existencia de la norma y, las que respetan la norma permitiendo cierta elasticidad interpretativa para garantizar el derecho comprometido en una controversia; concluyendo, que, la obra de López Medina, es un esfuerzo inútil”(p.4).

Aun existiendo tan apasionante y fructífera controversia, la Corte Constitucional como máxima autoridad jurisdiccional y en ejercicio de las funciones que le otorga el Artículo 241 superior, determinó de manera precisa la vigencia y aplicación como antes se observó del Antiformalismo en nuestro sistema jurídico.

Conclusión

Visto los resultados obtenidos en la construcción del marco teórico del proyecto de investigación antes nombrado, se finaliza expresando:

El sistema jurídico colombiano se encuentra irradiado por las tres corrientes del pensamiento filosófico-jurídico que se han venido desarrollando en el derecho occidental, bajo el concepto de neoconstitucionalismo o nuevo derecho. El *ius naturalismo*, *ius positivismo* y el realismo jurídico o sistema de precedentes vinculantes.

Frente a la vigencia del sistema jurídico mixto establecido por los artículos 230 y 241 superior, la Corte Constitucional buscando el sostenimiento del Estado social de derecho y, la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, se subroga la facultad de crear reglas jurídicas (*ratio decidendi*) con carácter vinculante para los particulares con efectos *erga omnes*.

Para abordar la solución de las controversias de carácter particular y social, el jurisconsulto debe extraer del sistema de fuentes el método

judicial sistemático deductivo del ordenamiento legal e inductivo, de la ratio que contienen el precedente, método que articula la teoría con la práctica profesional.

Para establecer el contenido de un principio del derecho natural y aplicarlo en la resolución de un litigio en particular, el juez se encuentra investido de facultades para construirlo, frente al imperativo legal que tiene de dirimir el litigio, aunque no exista norma aplicable al caso particular, acudiendo a contenidos extra sistemáticos del derecho natural, aplicando una elevada carga argumentativa que le de viabilidad a la aplicación del principio utilizando la ponderación y la razonabilidad.

Como citar este capítulo

Vicuña de la Rosa, M., y Ramírez Villamizar, G. (2018). Sistema jurídico colombiano: nuevo derecho. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Referencias

- Abbagnano, N. y Visalberghi, A. (1992). Historia de la pedagogía. Fondo de Cultura Económica. S. A. México. Recuperado de: [file:///s:/C:/Users/VALENTINA/Downloads/historiadela pedagogia_abbagnano_visalberghi%20\(1\).pdf](file:///s:/C:/Users/VALENTINA/Downloads/historiadela pedagogia_abbagnano_visalberghi%20(1).pdf)
- Barbera, N. y Inciarte, A. (2012). Fenomenología y hermenéutica: dos perspectivas para estudiar las ciencias sociales y humanas. *Multiciencias*, 12(2). Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/904/90424216010.pdf>
- Bernasconi Ramírez, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(1), pp. 9-37. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100001>
- Botero Bernal, A. (2015). El positivismo jurídico en la historia: Las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo

XX. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf>

Colombia. Acta de la constitución del Estado libre e independiente del Socorro. (1810). Sistema único de información Normativa. *Minijusticia*. Recuperado de: [http://www.suinjuriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020280?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.suinjuriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Constitucion/30020280?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0)

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1886). Constitución política del 5 de agosto de 1886. Bogotá.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política de Colombia. Gaceta constitucional No.116 de 20 de julio de 1991. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia, T-406/92. Ref.: Exp.: T-778. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia, C-083/95. Ref.: Exp.: D-665. M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1998). Sentencia, C-536/98. Ref.: Exp.: D-1951. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1998). Sentencia, SU-747/98. Ref.: Exp.: T-152455. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia, T-881/02. Ref.: Exp.: T-542060 y T-602073. M. P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2007). Sentencia, T-086/07. Ref.: Exp.: T-1400769. M. P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinos. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2015). Sentencia, C-284/15. Ref.: Exp.: D-10455. M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2016). Sentencia, T-291/16. Re.: Exp.: T-5350821. M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2017). Sentencia, T-121/17. Ref.: Exp.: T-5.388.821. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Contreras, S. (2013). Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la

-
- determinación. *Kriterion*, Vol.54, No.127 Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100003>
- Delgado García, G. (2010). *Conceptos y metodología de la investigación histórica*. Revista Cubana de Salud Pública, 36(1), 9-18.
- Dworkin, R. (2010). *Los Derechos en serio*. Barcelona. España. Ariel.
- Gadamer, H.G. (1995). *El giro hermenéutico*. Traducción de Arturo Parada 1995. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen Ediciones Cátedra, S. A., 1998. Madrid. Impreso en Gráficas Rógarg, S. A. Recuperado; <https://www.fadu.edu.uy/estetica-diseno-ii/files/2014/04/Gadamer-El-giro-hermeneutico.pdf>
- Hart, H.L. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires. Traducción de Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Título original *The concept of law*. Oxford University Press. 1961. Recuperado de: <https://es.slideshare.net/RichardElric/el-concepto-de-derecho-herbert-hart-introduccion-al-derecho>
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. 1a edición: octubre de 1960. (4ª ed.) Editorial Universitaria de Buenos Aires. Sociedad de Economía Mixta. Recuperado de: <https://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>
- López Medina, D.E. (2012). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá. Legis. S.A.
- Mabel García, S. (2011). *El Derecho como Ciencia*. Invenio, junio-Sin mes, 13-38. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/877/87717621002.pdf>
- Marcone, J. (2005). *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*. *Andamios*, 1(2), pp. 123-148. Recuperado de: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870006320050003000006&lng=es&tlng=es
- Martínez Cárdenas, B. (2011). *Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia*. *Legal Syst. Ius et Praxis*, 17(2), pp. 25-52. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200003>
- Quiceno Castrillón, H. (2011). *Epistemología de la Pedagogía*. Ediciones Santiago de Cali. Editorial Pedagogía y educación.

-
- Recalde Castañeda, G. (2016). Repensando la iushistoria: Aportes del realismo jurídico a la discusión. *Revista de Derecho*. 1. Recuperado de: <http://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicion1/articulos/Recalde2016-Articulo-UNA-Revista-de-Derecho.pdf>
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Academia. *Revista sobre enseñanza del Derecho*. 6 (12), pp. 199-220. Recuperado de: https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-concepto-de-la-validez-y-el-conflicto-entre-el-positivismo-juridico-y-el-derecho-natural.pdf
- Suárez González, J. R. (2013). Dialéctica de la Ilustración y la propuesta de un “horizonte normativo” de la razón. *Eidos*, (18). Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572013000100007
- Tamayo Jaramillo, J. (2006). El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, [S.l.], V. 36, (105), 361–397. Recuperado de: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5584/5175>

A partir de la dinámica jurídica colombiana, derivada de los ajustes generacionales y sociales que trae consigo la postmodernidad, se exige del Derecho la comprensión de la realidad para aportar soluciones concretas, ajustadas al precedente constitucional vinculante que garanticen el establecimiento de un orden justo y una seguridad jurídica. El pensamiento jurídico-filosófico impone el reto en el jurista en desarrollar su capacidad de pensar correctamente, en procura de saciar el interés de la justicia y del derecho, eliminando confusiones, detectando ambigüedades, explicitando alternativas y construyendo respuestas a los conflictos que se le ponen de presente.

Este texto ofrece resultados de investigaciones de corte jurídico que desde las corrientes filosófico-jurídicas que han inspirado el sistema colombiano, el impacto de implementación TIC en los procesos de aprendizaje, los cambios del modelo político-jurídico colombiano, el impacto que frente al derecho de propiedad de terceros adquirentes de buena fe ha tenido la Ley de Restitución de Tierras, de la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen de las compañías trasnacionales mineras, de la evolución del reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI.