

nalmente, que todo ello debiera ser adoptado por la Cámara de Representantes, como lo fue por el Senado, en forma de Acto legislativo. Así lo sostendrá ante vosotros por intermedio de los Ministros del Despacho, y desde ahora insiste en que su aprobación será un voto de confianza a la política del Gobierno, tan apreciable o mucho más, si ello fuere posible, que generosamente aca-

báis de otorgarle en las proposiciones que han motivado este mensaje.

Alfonso López

El Ministro de Gobierno,
Alberto Lleras Camargo

Anales de la Cámara de Representantes.
Serie 2, N° 199, marzo 25, 1936.

Reseñas Bibliográficas

ZAGREBELSKY GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Madrid, Trotta, 1995.

Es la primera edición de la traducción al castellano de *Il Diritto mite. Legge, diriti, giustizia* (Torino, Giulio Einaudi, 1992). Consta de siete capítulos y un epílogo de Gregario Peces-Barba, que lleva por título "Acuerdos y desacuerdos con una obra importante". En este libro, Zagrebelsky se aproxima—en ocasiones, de manera descriptiva y en otras, normativa— a las modernas transformaciones del Estado y del derecho constitucional europeos, y a sus implicaciones en la práctica jurídica.

El primer capítulo titulado "Los caracteres generales del derecho constitucional actual", comienza con un comentario sobre la transformación de los conceptos básicos del Estado y del derecho europeo del siglo XIX. Describe el cambio de las ideas de soberanía—centralización del poder en el ámbito interno y exclusión de influencias externas—; la personificación del Estado, que actúa mediante órganos; y de monopolio estatal de la producción jurídica, entre otras; por los nuevos paradigmas del derecho público: el pluralismo político y social, la dispersión de la concentración del poder económico, político y cultural en varios polos de similar capacidad operativa, la integración supraestatal, y la protección internacional de los derechos humanos.

A partir de estas premisas, resumidas como «erosión del principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el principio de orden que ella derivaba», Zagrebelsky propone su tesis: «El rasgo más notorio del derecho público actual [es] su "pérdida de la posición central"». En nuestro sentir, esta propuesta se encamina por la senda que en el campo de la filosofía general han abierto algunas obras de los llamados filósofos de la posmodernidad (Autores Varios, *En tomo a la posmodernidad*, Madrid, Anthropos, 1992. En especial el artícu-

lo de Gianni Vattimo, "Posmodernidad: ¿Una sociedad transparente?". En él, Vattimo explica el fenómeno del rompimiento de los meta relatos propios de la ilustración—verbigracia las ideas de progreso lineal y univocidad de la historia—, a causa del reconocimiento del pluralismo, del descubrimiento de la diversidad social—entre otras razones por la irrupción de los medios de comunicación masiva—, de la adquisición de importancia de la interpretación de la realidad, antes que su consideración como dato objetivo. Bajo este esquema, la emancipación consiste «más bien en el desarraigo [*dépaysement*] que es también, y al mismo tiempo, liberación de las diferencias, de los elementos locales de lo que podríamos llamar en síntesis el dialecto»).

De sus tesis, el autor deduce: En primer lugar, la idoneidad del Derecho Constitucional, como criterio de justificación de conductas y decisiones, depende de su ductilidad o flexibilidad del respeto al pluralismo y a la relatividad, de su capacidad para permitir la competencia entre las diversas políticas, en la tarea de ordenación de la sociedad. La Constitución, entonces, debe ser abierta, no debe trazar el proyecto de vida comunitaria, sino permitir que éste sea trazado día tras día; debe ser sólo un «compromiso de las posibilidades» (p. 13). Tocó converger hacia la Constitución, de la que antes todo derivaba.

En segundo lugar, la ductilidad constitucional implica que la Constitución debe basarse en la coexistencia de valores y principios, que se asumen con carácter relativo, para poder admitirse mutuamente. El único de índole absoluta es el pluralismo de los valores, en el aspecto sustancial, y la lealtad en su enfrentamiento, en el procesal (p. 14). Los conflictos entre valores no terminan con la negación de la validez de alguno de ellos, por medio de la lógica del *aut-aut*. Por el contrario, se trata de llegar a la concordancia práctica mediante la aplicación del criterio *et-et*, que conduzca a soluciones «acumulativas,

combinatorias, compensatorias» que hagan viable desarrollar conjuntamente los principios constitucionales. La repercusión de esta axiología de la posibilidad, en el ámbito de la política, consiste en el cambio del paradigma de la exclusión y dominación, por el de la integración y la comunicación.

En tercer lugar, la dogmática constitucional —al igual que su objeto— se debe transformar. Debe adquirir ductilidad, en el sentido de hacer relativos los conceptos, salvo el de la pluralidad de valores y principios; debe permitir flexibilidad en los contenidos, excepto el de coexistencia de contenidos; debe desentenderse del problema de la convivencia de valores y principios, ámbito que debe ser competencia de la política constitucional (p. 17).

El segundo capítulo trata, con profundidad, el proceso histórico de transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional. En opinión de Zagrebelsky, aquel se caracteriza con el valor de eliminación de la arbitrariedad del ámbito de la actividad estatal. Sin embargo, el autor lo concibe como una forma que ha sido colmada con diversos contenidos: el Estado Liberal, el Estado Razón, el Estado Policía, y hasta el Estado Totalitario. Sostiene que el Estado Liberal fue el más importante y que su esencia consistió en la protección y promoción del desarrollo de las personas por medio de la ley. Esta garantizaba los derechos frente a los abusos de la administración, los jueces y los demás ciudadanos. Por tal razón, el principio básico del estado liberal fue el de legalidad, en virtud del cual la ley era el acto normativo supremo —a diferencia de lo que ocurría en los sistemas de *common law*, en los cuales siempre ha sido sólo un elemento más del sistema jurídico—, al cual se debían someter las demás fuentes. El juez era un mero ejecutor de las prescripciones emanadas del parlamento soberano. Su principal argumento hermenéutico era el literal. La misma Constitución era flexible. El sistema jurídico se fundaba en los principios y valores indiscutibles del Estado Nacional Liberal, y en la homogeneidad de las leyes codificadas, generales y abstractas, que era reflejo de la estructura social de dominación del grupo más poderoso. No eran necesarios controles sistemáticos. Se prevenía la aplicación de regímenes de excepción para las situaciones de emergencia. En la dogmática jurídica reinaba el positivismo, porque sus tesis explicaban sin dificultad el ordenamiento, cuyo principal rasgo era el monopolio parlamentario de la creación jurídica.

El cambio de las circunstancias sociales ha implicado el de los postulados del Estado Liberal, hasta convertirse en Estado Constitucional. El paradigma

del sometimiento del Estado al derecho se ha llevado a sus últimos límites con el principio de supremacía de la Constitución; la administración ha ampliado su capacidad operativa para responder a las exigencias de planificación, promoción y garantía. Los particulares han visto reducidos sus ámbitos por el intervencionismo. La generalidad de la ley ha dado paso a la especialidad, justificada por la búsqueda de igualdad real; y la abstracción ha cedido ante la concreción. Ya no existe predominancia legislativa del grupo poderoso. Entonces, la transacción y ocasionalidad han pasado a ser las características esenciales del proceso de producción jurídica, a causa de la dialéctica propia de la heterogeneidad social y axiológica. La unidad del sistema ha cedido ante la coexistencia de ordenamientos jurídicos parciales y pluralidad de fuentes de derecho (véase en este mismo sentido: Umberto Breccia y otros, *Derecho Civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, pp. 4 y ss.). Ante tal complejidad, sólo es posible mantener la coherencia del ordenamiento mediante el control de constitucionalidad. El autor piensa que los valores y principios constitucionales supremos, respaldados en un sólido consenso, deben asegurar la unidad.

El tercer capítulo se refiere al cambio del estrato de los derechos de las personas en el ordenamiento jurídico, y a sus implicaciones. Zagrebelsky indica que en el derecho continental europeo del siglo XIX los derechos humanos fueron concebidos como derechos públicos subjetivos, otorgados por la ley, en un acto de concesión y autolimitación del parlamento soberano. Estaban revestidos con la forma de ley, pero no tenían sustancia ni utilidad propia independiente. La exageración de esta idea llevó a la concepción totalitaria, según la cual los derechos se debían ejercer sólo en los términos en que lo permitiera la ley del Estado.

Dos fueron las concepciones predominantes de los derechos en el siglo XIX: la francesa y la norteamericana. La primera se caracterizó por el estricto control legal de los derechos; era el legislador y no el juez, el encargado de la defensa de los derechos; los errores judiciales al respecto, se solucionaban mediante el procedimiento de casación. La segunda, de tendencia iusnaturalista racionalista, concibió los derechos humanos como *basis and foundation of Government*; se pensaba que su protección era la razón de la existencia del gobierno; la existencia de los derechos era previa a su reconocimiento, de ahí su condición de inalienable; no admitían mayores restricciones por parte del derecho positivo; la división de poderes fue el mecanismo de control idóneo de la integridad de

los derechos; los jueces los protegían en sus decisiones, mediante argumentos constitucionales.

El autor de *El Derecho dúctil* opina que la actual concepción constitucional europea de los derechos se sitúa entre las construcciones americanas y francesas. La ley y los derechos tienen una propia dignidad constitucional, pero en caso de conflicto prevalecen éstos. Se privilegia a los derechos como reacción ideológica al Estado totalitario, en el cual lo individual no tenía valor independiente. La ley garantiza los derechos —no sólo los individuales, sino también los sociales y sobre todo los políticos o de participación—, pero tiende a satisfacer, también, otros intereses públicos. La democracia y los derechos son las razones que justifican la existencia del Estado. Existe un equilibrio de poderes entre los del juez —quien protege directamente los derechos constitucionales— y el legislador. Acorde con esta idea, está la inclusión en los sistemas jurídicos de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes, con matices en los diferentes Estados. En Francia, es garantía de la Constitución y el equilibrio de la actividad de los poderes públicos, antes que medio de protección de los derechos. En Estados Unidos, se justifica por la tutela de los derechos. De ahí su estructura difusa. En casi todos los Estados de Europa continental se desarrolla por un órgano jurisdiccional *ad hoc*, separado de la jurisdicción ordinaria, que tiene una sensibilidad que le permite mediar entre la garantía de los derechos y la índole política de la ley. El legislador está privilegiado, porque tiene su propio juez y por la presunción de constitucionalidad de las leyes, que además implica —no en el caso norteamericano— un cierto grado de irresponsabilidad de los funcionarios por aplicación de leyes inconstitucionales. Sin embargo, en Europa no existen límites jurídicos claros al poder de los tribunales que realizan el control de constitucionalidad de las leyes, a diferencia de Estados Unidos en donde existe la teoría de las cuestiones *inherently nonjusticiable*, que impide que el juez constitucional tome decisiones en asuntos políticos. Zagrebelsky sostiene que tras la segunda guerra mundial ni el positivismo jurídico que proponía un derecho objetivo fundado en la ley—, ni el iusnaturalismo subjetivista, ni cristiano católico, podían servir de bases para ningún ordenamiento jurídico, porque proponían visiones absolutas del mundo, incompatibles con las ideas democráticas de relatividad, coexistencia de lo diverso y principio de mayoría. Por lo tanto, la necesidad del derecho de tener algún elemento objetivo e indisponible se satisfizo por medio de la constitucionalización de los derechos.

El capítulo cuarto de la obra, titulado "Derechos de libertad y derechos de justicia", plantea la dialéctica entre las concepciones originarias de los derechos humanos: el humanismo laico, que propugna por el valor libertad, y el humanismo cristiano, que fundamenta su discurso en la defensa de la justicia. El autor señala que en la concepción actual de los derechos corresponde en lo esencial a la liberal del humanismo laico, pero que el valor justicia, que en cierta forma es identificado con intereses colectivos u objetivos, fundamenta algunos de los derechos, sobre todo aquellos de los llamados "de la cuarta generación", tales como el derecho a la paz, al desarrollo y el del medio ambiente.

El quinto capítulo se titula "La separación de la justicia respecto de la ley". En él Zagrebelsky afirma que otro rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo es la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material, destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Este hecho —sostiene el autor— es una respuesta a las nefastas consecuencias sociales de la protección a ultranza de los derechos individuales —por parte del Estado liberal de derecho—, que comenzó a gestarse con las políticas sociales que los Estados europeos impulsaron desde fines del siglo pasado. Tales principios no son sólo valores fundamentales de orden público. También son objetivos que los poderes públicos deben perseguir, son un núcleo objetivo y material, que el principio de las mayorías no puede vulnerar, y son fundamento de deberes que cobran autonomía con respecto de los derechos. Sin embargo, en este punto Zagrebelsky no es muy claro, porque pretende conciliar esta idea de principios de justicia materiales objetivos, con su inicial noción de relatividad. Expresa entonces que el Estado debe legítimar «una tensión y un libre enfrentamiento entre las diversas concepciones de justicia, pluralmente admitidas por las constituciones para hacer posible su conciliación en el momento histórico concreto» (p. 95). No queda claro, al final, si los principios de justicia material son un elemento objetivo o subjetivo, relativo o absoluto.

En todo caso, el autor atribuye consecuencias de suma trascendencia a la constitucionalización de tales principios: en primer lugar, la superación de la reducción decimonónica de la justicia a la ley, debido a que los diversos sectores de la sociedad heterogénea introducen sus ideales de justicia en la Constitución pluralista, y la ley sólo expresa las combinaciones posibles entre los principios constitucionales. En segundo lugar, la oposición a la fuerza disgrega-

dora de los derechos individuales, en favor de la integración, la justicia social y el orden, que no fue posible conseguir bajo el imperio de la libertad absoluta y que llevó al rompimiento del mito de la estabilidad conseguida por obra y gracia de la "mano invisible", cuya eficacia sería menor en las condiciones de las sociedades actuales, caracterizadas por la complejidad y la desigualdad. (Como es interesante, el autor señala que en las constituciones de la posguerra, a partir de Weimar, fueron consagrados principios de justicia, para contrarrestar la fuerza disgregadora de los derechos bajo los regímenes liberales del siglo pasado, *Cf.* pp. 97 y 98). En tercer lugar, la consecuente recuperación por el Estado de competencias políticas en la economía, al haber asumido el encargo de obtener la realización de los mencionados principios de justicia material. Es la transformación del Estado-gendarme, coherente con un concepto de autogobierno de la economía, en Estado intervencionista, de quien es propia de la idea de heterogobierno de la misma. En otras palabras, ahora el Estado, mediante sus intervenciones, pretende imponer una «visión superior sobre la dinámica de las fuerzas económicas en nombre de principios generales» (p. 101). Es el intento de subordinar la economía a la política, no sólo mediante los procedimientos de excepción en épocas de crisis, sino en todo tiempo, por medio de los mecanismos de planificación y distribución, que pretenden imponer un orden económico justo, que deje aún un margen a los derechos económicos individuales. En cuarto lugar, el cambio de relación entre hombre y medio ambiente. Ahora los derechos tienen límite y función en la naturaleza. Y por último, la desconfianza del hombre frente al hombre.

El sexto capítulo, titulado "El derecho por principio", trata las consecuencias que las transformaciones del Estado y de la sociedad (de las que a lo largo de la obra se ha hablado) han traído consigo en el ordenamiento jurídico. Tal vez sea posible sintetizar la tesis de Zagrebelsky en las siguientes palabras: la superación del Estado de derecho legislativo, y con ella la separación de la ley, de los derechos y de la justicia, ha dado relevancia a la distinción estructural entre reglas y principios. Las normas legislativas son prevalentemente reglas y las normas constitucionales sobre justicia y derechos son principios, aun cuando la Constitución también contiene reglas.

El autor sostiene que las reglas se diferencian de los principios en que éstos tienen fuerza para constituir el orden jurídico, mientras aquellas se agotan en sí mismas; sólo a las reglas se le aplican los métodos

de interpretación jurídica, que tiene por objeto el lenguaje del legislador —para entenderlas y obedecerlas—; en cambio, dado que el significado lingüístico de los principios es autoevidente, deben ser entendidos en su *ethos*, para prestarles adhesión; las reglas proporcionan criterios de comportamiento; los principios, criterios para adoptar posición ante situaciones concretas, que *a priori* aparecen indeterminadas, la reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente, mediante el silogismo y la subsunción; los principios —que carecen de supuesto de hecho— exigen una toma de posición para su aplicación. Estas diferencias han implicado discusión sobre la idoneidad de los principios para operar como verdaderas normas jurídicas en la actividad judicial, en especial en la de control constitucional. Por lo que a ésta hace relación, la propuesta fue diseñar un órgano con sensibilidad política para llevarla a cabo, dándole la creatividad implícita en sus labores, a causa de la abstracción de los principios.

Se ha percibido entonces el cambio de derecho por reglas, propio del Estado de Derecho —que podía ser explicado por la doctrina positivista—, por un derecho por principios, del Estado Constitucional, inconcebible bajo los paradigmas de las teorías del derecho y de la interpretación elaboradas por el positivismo jurídico, pero instituido por las constituciones europeas actuales. Las reglas sólo son una de las caras de la moneda que tiene que acomodarse a la otra: los principios. La Jurisdicción, ahora subordinada de la ley, vigila celosamente que así sea.

Zagrebelsky sostiene que, mediante la constitucionalización de los principios, se afectó el positivismo, en su idea de Estado legislador. Sin embargo, tal fenómeno no implicó la adopción del iusnaturalismo, a pesar de que el contenido de los principios constitucionales se identifica con el de algunos principios morales, porque la Constitución es un obra de creación humana, política y no de orden natural. Ahora el derecho no se compara con valores metajurídicos absolutos, sino con el orden constitucional objetivo y material, que refleja sólo un "orden natural" histórico-concreto, de una determinada sociedad política y pluralista. Los principios constitucionales tienen un estrato particular: no son ley, pero tampoco derecho natural; son la manifestación más alta del derecho positivo, pero a su vez base para la toma de decisiones, cuyos fundamentos emplean argumentos muy similares a los del derecho natural. La conclusión del autor es: «En los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas e iusnaturalistas» (p. 116). Ha ocu-

rrido una positivación de contenidos morales afirmados por el derecho natural, que ha conferido a los principios nuevas funciones, diversas de las —accesorias— que tradicionalmente el positivismo les atribuía —suplir, integrar y corregir las reglas, en fin, ser "válvula de seguridad del ordenamiento"—. En efecto, Zagrebelsky opina que los principios tienen una «autónoma razón de ser frente a la realidad» se ponen en contacto con ella, le confieren valor jurídico, del cual se extrae la orientación para la creación de reglas y la argumentación para las decisiones. De esta manera, deja de tener vigencia el postulado positivista de separación entre ser y deber ser, porque «la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural» (p. 119). En el mismo sentido, la propuesta positivista de ciencia jurídica, separada de la práctica del derecho y estructurada de manera deductiva al estilo de las ciencias naturales, ha sido revaluada. El tema, la argumentación con base en principios dúctiles, la búsqueda de lo más razonable, oportuno y prudente, cuyo objetivo es solucionar los casos concretos, con consideración de todas sus circunstancias específicas y después de un procedimiento abierto, discursivo y persuasivo, han hecho de la ciencia del derecho una ciencia práctica. Es el retorno a la *iuris prudentia*. El contenido de los principios es discutible desde diversas perspectivas y depende del contexto cultural del que forman parte. Las diversas concepciones que sobre ellos se tenga, influyen en cada aplicación. Los actualizan con el tiempo y ayudan en la solución de los conflictos entre principios, que no se pueden resolver con criterios de jerarquía, sino por medio de una prudente ponderación que intente la optimización de todos en conjunto.

El capítulo séptimo se titula "Los jueces y el Derecho". Versa sobre las transformaciones de la labor judicial, como consecuencia del cambio del Estado y del Derecho. Zagrebelsky manifiesta que las concepciones de jurisdicción como actividad de mera aplicación, deducción, subsunción y servicios al legislador, regida por los tradicionales métodos y criterios de interpretación, han sido reemplazadas por las de una jurisprudencia práctica, que debe servir tanto al derecho como a la realidad, entre los cuales existe influencia mutua. Bajo este paradigma, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. Es un proceso circular: parte del caso, va al derecho en busca de solución y, en fin, constata que ésta sea apropiada para aquél. De la misma manera, los métodos de interpretación —ahora plurales y sin ordenación jerár-

quica, al igual que las concepciones del derecho a las que responden— son sólo expedientes argumentativos que se utilizan para mostrar que la regla extraída tiene su fundamento en el ordenamiento. El caso ha dejado de ser considerado sólo como un hecho que se subsume bajo el supuesto de la norma. Ahora, es tratado como un acontecimiento problemático, que debe ser comprendido y valorado para ser solucionado. El juez debe sujetarse de elementos objetivos del sistema jurídico y de su entorno cultural para comprender y valorar el caso. De esta manera, el caso "presiona" sobre el derecho para que le sea aplicada una norma —solución— adecuada. Esta dinámica del proceso interpretativo exige del juez una especial actitud equitativa para buscar lo razonable, y, por otra parte, implica disminución en la certeza del derecho, valor que cada vez es menos fuerte, por las exigencias del pluralismo. Sin embargo, no implica negar absolutamente fuerza jurídica a la ley y peso político al legislador. En el Estado Constitucional es necesario llegar a un balance entre los poderes del juez —boca de los derechos, la justicia y la ley— y los del legislador, quien al crear la ley desarrolla los valores constitucionales y hace operativo el pluralismo.

La obra de Zagrebelsky es ciertamente importante. Es innegable su contribución, no sólo a la ciencia del derecho, sino a la ciencia de la política. Con aguda percepción capta los cambios que el Derecho y el Estado han afrontado desde el siglo pasado, e identifica los principales problemas que deben ser solucionados en el fin de este milenio y el comienzo del próximo. Es por ello que observamos que el valor descriptivo de la obra es incalculable. El pluralismo y la complejidad, como características principales de la sociedad, exigen aún respuestas, no sólo del Estado sino también de la comunidad internacional. La dialéctica *es vie divisioni e unificarioni*, propia —en opinión de Rodotà— de *la società al plurale*, implica un cambio en los paradigmas de organización social y de solución de los conflictos (Stefano-Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma, Laterza, 1992, pp. 59 y ss.). El Estado y el Derecho se han venido transformando y así lo continuarán haciendo. Nuestras sociedades latinoamericanas no han sido ajenas a este proceso. Incluso, tal vez lo han vivido con mayor intensidad, a causa de la gran heterogeneidad étnica, lingüística, cultural y económica que las caracteriza.

Sin embargo, queremos referirnos, de manera muy breve, a algunos aspectos de la propuesta normativa que Zagrebelsky hace sobre el derecho que no quedan muy claros en su obra. En este sentido, estamos de acuerdo con la opinión de Juan Antonio García

Amado, en su trabajo "¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", para quien la obra de Zagrebelsky es una de aquellas «que al proponer una idea de la Constitución tratan de cambiar (o, en su caso, mantener o defender) un modelo de práctica constitucional». En este comentario, el autor hace una crítica bien fundada a la obra de Zagrebelsky. (Abarca aspectos que no podemos tratar en esta breve reseña). Al igual que otros autores como Stefano Rodota en la obra mencionada o como Georges Burdeau, quien atribuye como causa del fenómeno «... une transformation concernant les valeurs qui constituent le fondement des sociétés modernes ... » (*Le dépassement du droit*, París, Sirey, 1963, pp. 35-41), Zagrebelsky toma como fundamento histórico la decadencia de la ley, como elemento supremo del ordenamiento, y la transformación de sus características principales. El pluralismo exige un derecho más flexible. Afirma Rodota: «L'idea della legge come espressione di una volontà generale viene ulteriormente, e diversamente, messa in questione dall'accento posto sulla necessità di garantire il carattere pluralista dell'organizzazione sociale... » (p. 158). Tal modelo de sistema jurídico se fundamenta en los principios —en especial en aquellos que han sido establecidos por la Constitución Política— y en los derechos fundamentales. Es el cambio de un derecho por reglas, por un derecho por principios, que deben ser aplicados por el juez —sobre todo el constitucional—, con prudencia, en busca de la solución óptima para cada caso. De esta manera, será viable la coexistencia y la sucesión de los diversos principios y de las diversas visiones del mundo. Tal concepción del derecho, que compartimos en parte (pero ésta no es la ocasión para profundizar en el tema) ha sido tratada con profundidad por diversos autores, cuya bibliografía será relacionada al final de esta reseña, para consulta de los interesados.

En algunas de estas obras se plantea un problema metodológico de fondo, de cuya solución depende la idoneidad de este modelo de sistema jurídico, y que en nuestra opinión no llama la debida atención de Zagrebelsky. El asunto gira en torno a la función de los valores y principios constitucionales, en el sistema de derecho; y a la manera de atribución de contenido y de aplicación por parte de los poderes constituidos. Zagrebelsky parece sostener que los principios son dúctiles, por respeto al pluralismo; que la ventaja que ellos presentan, con relación a las reglas, se manifiesta en que pueden coexistir y aplicarse optimizados conjuntamente en cada caso concreto; que

se deben entender de manera relativa, que su contenido no está preestablecido por la Constitución, sino que es objeto de la competencia que las diversas fuerzas sociales desarrollan en el ámbito de la política legislativa. Sin embargo, luego busca un elemento de objetividad para el ordenamiento jurídico, que es curiosamente ubicado también en los principios. Entonces, los entiende objetivos, como «el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles. En un orden objetivo para limitar la inestabilidad de las voluntades» (p. 94). No queda claro, entonces, cómo entender los principios: como orden objetivo y a su vez, como orden relativo susceptible de fluidez. Y en este punto, Zagrebelsky no se refiere con plenitud al problema metodológico de atribución de contenido a los principios. Como afirma García Amado en su mencionado trabajo (p. 13), «el problema es el siguiente: ¿Cómo se averigua ese sentido objetivo de expresiones de principio o valor (justicia, libertad, solidaridad ...) cuya ambigüedad e inconcreción es aún mayor que la de la mayor parte de las leyes?». ¿Acaso basta afirmar la existencia de pluralidad de métodos interpretativos y de la necesidad de que la solución debe ajustarse tanto al derecho como al caso? ¿En última instancia, el concepto de sistema jurídico, basado en principios y en el pluralismo, debe hacernos renunciar a la idea de lógica del derecho y de racionalidad en la interpretación o aplicación del derecho? Estos aspectos no pueden ser tratados a plenitud en esta reseña. Sólo nos basta plantearlos para llamar la atención del lector crítico del derecho dúctil.

De todas maneras, pueden ser útiles para el tema las siguientes referencias bibliográficas:

RONALD DWORKIN, "The model of Rules", *University of Chicago Law Review*, N° 35, 1967, p. 14 (Traducido al castellano: "Es el derecho un sistema de normas", en: *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 75-127); y en: RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth, 1977 (Traducción castellana de Martha Gustavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1989). ROBERT ALEXI, "Idée et structure d'un système du droit rationnel", en: *Archives de philosophie du droit*, tome 33, *La philosophie du droit aujourd'hui*, París, Sirey, 1988, y "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 5, Universidad de Alicante, 1988; del mismo autor: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1993, y *El concepto y la*

validez del derecho, Colección Estudios Alemanes, Barcelona, Gedisa, 1994. También: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. JORGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1992. MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANIERO, "Sobre principios y reglas", *Doxa*, N° 10, Universidad de Alicante, 1991, pp. 101-120. LUIS PIETRO SANCHIZ, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Colección Cuadernos y Debates, N° 40, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. LUCIANO PAREJO ALFONSO, "Constitución y valores del ordenamiento", en: VARIOS AUTORES, *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Madrid, Civitas, 1991; "Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en el *Libro de homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989; *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Ceura, 1990. MANUEL ARAGÓN REYES, "La eficacia jurídica del principio democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24 (septiembre - diciembre de 1988), pp. 9-45. GREGORIO PECES-BARBARA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995; *Los valores superiores*, Colección Temas Clave de la Constitución Española, Madrid, Tecnos, 1984; *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Colección Cuadernos y Debates, N° 254, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. ANDRÉS OLLERO TASSARA, "Constitución: entre el normativismo y la axiología", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IV (Madrid, Ministerio de Justicia, 1987), pp. 389-402. ANGEL LLAMAS CASCÓN, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, Universidad Carlos III, 1993. JOAQUÍN HERRERA FLORES, "Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IV (Madrid, Ministerio de Justicia, 1987), pp. 403-432.

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO
Asistente de Investigación
Instituto de Estudios Constitucionales
"Carlos Restrepo Piedrahita"

REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995

"Mi libro consta de dos partes: Una es la aquí presente, y otra la que no ha sido escrita, precisamente esta última es la importante". L. WITTGENSTEIN.

Con esta sentencia, reveladora del quehacer intelectual inicia Requejo Pagés la indagación de dos instituciones básicas del Derecho Constitucional: la jurisdicción y la independencia judicial.

El concepto de jurisdicción que pretende alcanzar el autor es absoluto y objetivo, la descripción de su contenido tanto como su fenomenología ha de estar desprovista de la relatividad propia de su concreta configuración positiva y el modo de organizar su ejercicio, ya que todo ente abstracto que se corporiza, sin importar su entidad, tiene que partir de un concepto absoluto, y aunque dicha institución haya sido engendrada en el vientre de lo político, su vida se verifica en el espacio jurídico; ocioso le resulta al autor, entonces, la confección de definiciones positivas de jurisdicción, sin antes precisar si objetivamente puede existir algo así; por lo tanto, el libro aborda aquellas definiciones que tradicionalmente han tratado de edificar una noción precisa de jurisdicción; con cuidado quirúrgico ingresa en las diversas cavidades que pretenden establecer un concepto claro de lo que es la jurisdicción, detectando las falencias más protuberantes que infectan cada una de ellas, principalmente el no tener en cuenta la diferencia cualitativamente insalvable entre el ser y el deber ser, puesto que las definiciones tradicionales incurren en el error de elaborar sus descripciones de la función jurisdiccional sobre la base de las prescripciones que la Constitución impone al ejercicio de tal función. Existiendo, pues, un abismo insuperable a quien quiera descubrir la realidad objetiva partiendo de las prescripciones. Destaca el autor que en todas estas formas de acercarse a la jurisdicción se introducen abundantes elementos valorativos, en donde la jurisdicción sólo puede ser definida a partir de perspectivas estrictamente lógico-jurídicas, sin ninguna concesión al campo metajurídico de los valores, pues ellos se sitúan en parte distinta del proceso y por lo tanto forman otra categoría y otro problema de diversa índole y resolución.

Definida la imposibilidad de elaborar un concepto absoluto de jurisdicción atendiendo al objeto, sujeto y modos característicos de ejercerla, parte de la doctrina ha trasladado la esfera de su conocimiento,

para fijarse en los efectos producidos por la jurisdicción, y sobre esta base trazar las diferencias fundamentales con las demás funciones del Estado, se ha encontrado en la irrevocabilidad el efecto propio de las actuaciones jurisdiccionales, y el elemento distintivo de esa modalidad de aplicación del derecho con todas las demás posibles.

La conclusión necesaria a la cual estamos impulsados es que la cosa juzgada —como se conoce en nuestra tradición jurídica el máximo grado de irrevocabilidad— no es una categoría elaborada por el derecho positivo, sino, antes bien, una institución inculcada en el propio concepto lógico-jurídico del derecho, siendo una cualidad de lo jurídico, sin más. Se establece claramente que la jurisdicción es consustancial al derecho, que es una categoría propia de él, y por lo tanto no está sometida a la dispar marea de la creación positiva; es así como para Merck la *Rechtskraft*, o fuerza de lo jurídico, es una cualidad del derecho y no una categoría contingente creada por cada ordenamiento positivo en particular; entendemos entonces que la jurisdicción es absolutamente necesaria y perfectamente deducible del concepto lógico-jurídico del derecho.

Partiendo del concepto de jerarquía normativa, se comprende que ésta lleva en su seno el concepto de irrevocabilidad, por cuanto dicho principio no sólo organiza los distintos grados de producción normativa, sino que además y como consecuencia necesaria de lo anterior, impone la imposibilidad de que las normas de grado inferior, o sus creaciones sucesivas, pueden derogar las de rango superior. Ahora bien, la única diferencia entre la irrevocabilidad de la cosa juzgada y la común es una de grado o matiz, mas no de calidad, pues para las sentencias la irrevocabilidad opera no sólo frente a las normas de inferior categoría, sino a las de igual rango: he aquí el fundamento dimanador de la característica esencial de la jurisdicción.

Para aclarar y solidificar su discurso, el autor explica cómo, en una primera interpretación, cabría pensar que mediante *te Rechtskraft* se dota a determinados actos de la cualidad jurídica de la que carecían anteriormente; este sería uno de los medios de los que puede servirse el ordenamiento para convertir en jurídica realidades pre o metajurídicas. Sin embargo, si en la naturaleza la fuerza es una cualidad íntima del ser, en el derecho la idea de fuerza sólo puede referirse a una cualidad propia del particular "modo de ser" jurídico, lo cual en otras palabras equivale a decir que las normas jurídicas no "son", sino que "valen", es decir, su ser consiste en su "valer".

Para completar un modelo definitivo de los conceptos trabajados, se hace vital anunciar que lo que el ordenamiento requiere es un bálsamo que suavice la existencia ilimitada en el tiempo que la lógica garantiza *ab initio*, a cada norma, no obstante es discutible estimar que el principio *lex posterior derogat anterior* no es un principio de naturaleza lógica, sino positiva, pues resulta realmente difícil abrazar una noción lógica del ordenamiento jurídico que no tenga en este principio una de sus raíces más sólidas.

La segunda parte de este ensayo, con la cual alcanza toda la dimensión sistemática a la que aspira, arranca con una afirmación simple y contundente. Sin importar la forma u orientación valorativa, el Estado, como personificación de un sistema de normas, no tiene otra finalidad que la de administrar el ejercicio de la fuerza. Tanto el derecho como el Estado son instrumentos de coacción.

Ahora bien, los únicos puntos donde se encuentra el derecho en plena pureza son los de creación y aplicación del mismo, de acuerdo con el estudio realizado, la orientación con el teleológica se encuentra encarnada en la creación, mientras la aplicación del derecho encuentra su reflejo y cauce natural en la legalidad del mismo. En este último sentido, para su desarrollo concatenado y consecuente, es necesaria una mínima comunicación entre el sistema jurídico y el entorno que pretende organizar; la pregunta subsiguiente es ¿cómo? A lo cual el autor recurre sabiamente a la teoría del realismo jurídico e indica: seleccionando los datos recibidos del entorno, elaborando con ellos categorías propias y autónomas respecto de dicho entorno y proyectándolas finalmente sobre la realidad que quiere estructurarse. El derecho entonces absorbe los problemas cuya solución postula la sociedad, establece un esquema de instituciones artificiales, en las que trata de reflejar o sustituir las estructuras y funciones netamente sociales del fenómeno, y una vez realizada esta labor de alquimia, como bellamente la llama el autor, opera sólo con las nuevas formas creadas; esta necesaria incorporación del ambiente, tiene por finalidad y en ella encuentra su límite, construir una *esfera de sentido*, para el sistema, entendida como el núcleo de información genética, imprescindible para que el sistema pueda funcionar como tal, desprendiéndose del entorno y funcionando autónomamente.

Al tiempo que se procede a la aplicación irrevocable del derecho, es necesario verificar que los sucesivos pasos que se han seguido hasta llegar al final de la cadena normativa se han realizado correctamente, pues sólo si existe la posibilidad de fiscalizar este

extremo, se hace plausible la efectividad del principio de legalidad; es aquí donde se imbrican y comprenden en toda su plenitud práctica y conceptual las dos categorías abordadas en este ensayo.

Se concluye, en definitiva, por razones tanto estructurales como de legitimación, que los actos de aplicación irrevocable del derecho deben ser producidos por un órgano sometido estrictamente al principio de legalidad, pues si este principio constituye la médula de todo tipo de aplicación en general, más lo ha de ser en el caso de la más especial de las aplicaciones, la irrevocable.

Es así como en el Estado de Derecho se garantiza el sometimiento —exclusivo— a la ley por parte de los órganos jurisdiccionales, mediante el instituto de la independencia; se colige, entonces, la existencia de otro algo con respecto del cual se verifica la relación de dependencia, manteniendo la coherencia discursiva que tal vez se constituye en el sello más sobresaliente de este ensayo: se introduce la noción de la dependencia sistemática de la jurisdicción a la ley (principio de legalidad), lo cual garantiza en todo el proceso de creación y aplicación del derecho, la independencia de la jurisdicción frente a todos los demás órganos del aparato estatal. Carré de Malberg define nitidamente esta noción: «Admitiéndose cierta dosis de independencia para otros órganos del Estado, por ejemplo para el Gobierno frente al Parlamento, se destaca siempre que la independencia judicial constituye algo cualitativamente distinto, hasta el punto de ser considerada en muchos casos como el elemento determinante del concepto jurisdicción». Es este el punto donde se dinamiza el proceso de integración de las dos figuras estudiadas.

Es precisamente la vinculación completa de la jurisdicción al ordenamiento lo que asegura su independencia frente a los demás componentes del sistema estatal, y por ende garantiza un control completo de la seguridad jurídica. La excepcionalidad de la independencia del juez, o si se prefiere, su exclusiva dependencia de la ley, no aparece como tal más que en la medida en que se vincula a este órgano del Estado a uno de los elementos capitales del sistema jurídico, con el fin de cubrir una necesidad común a todo sistema: asegurar su propia existencia.

Siendo evidente la complejidad y extensas necesidades emanadas del tejido social, y el alto grado de dificultad que reporta auspiciar el ambiente jurídico adecuado para su solución, el autor denuncia con un marcado dejo de preocupación y duelo, las cuales son el terreno más fértil para aquel que emprende el viaje, a veces sin regreso, del quehacer intelectual. Pues

la paradoja del *Rey Lear* se asoma crudamente en todos los espejos del conocimiento: hay veces que para saber qué cosa se es, hay que dejar de serlo.

RICARDO SANIN RESTREPO
Departamento de Derecho Público
Universidad Externado de Colombia

MARCO PALACIOS. *Entre la legitimidad y la violencia: Colombia 1875-1994*, Bogotá, Norma, 1995, 386 pp.

Una vez más, Marco Palacios nos presenta un panorama de la historia del país. A finales de los años setenta había nacido a luz *El café en Colombia*, una historia económica, social y política que cubría ciento veinte años de desarrollo. Este libro —que elevó el nombre del autor a los primeros puestos de la historiografía nacional— iniciaba su relato con los profundos cambios de 1850 y lo extendía hasta la bien entrada segunda mitad del siglo XX, hasta 1970, fecha en la cual la organización del primer producto de la economía colombiana parecía llegar a su punto culminante. *El café* era un texto monográfico, empírico, con datos extraídos de observaciones directas y con un uso amplio de fuentes primarias.

Ahora Palacios torna su mirada sobre un período semejante, pero con un énfasis diferente. Mientras que el fundamento del volumen sobre el café era la esfera económica, la hondura de *Entre la legitimidad y la violencia* es el mundo de la política. Como en el caso anterior, toma ciento veinte años, pero el punto de partida no son ya las mudanzas de medio siglo sino las elecciones de 1875, la querrela electoral Parra-Núñez, que a su juicio anuncia la decadencia de la era radical y el inicio de los procesos que culminarán en la Regeneración.

Entre la legitimidad y la violencia es un estudio de difusión y síntesis, y como tal es una presentación de primer orden. Su objetivo es el examen de la Colombia moderna; de la Colombia que se inserta en el orbe internacional al lado de notables cambios en su organización económica, social y política. Es la historia de un país que a lo largo de ciento veinte años asiste a radicales transformaciones en su escenario geográfico, en los perfiles de su población y en los acentos de su cultura y de sus medios materiales de existencia. En este lapso Colombia pasó del mundo rural al mundo urbano. Su población partió de dos y medio millones de habitantes para llegar a treinta y seis millones. Conoció, además, la fábrica, la expansión de la educación, el desarrollo de las comunicaciones terrestres y aéreas y la integración de regiones

distantes y apenas conocidas. Junto a ello asistió al incremento de las acciones del Estado, al surgimiento de nuevas clases sociales y a una creciente ampliación de la participación política en los marcos formales de la democracia. En pocas palabras, el país se hizo a la "gran transformación"; entró de lleno en la civilización occidental y comenzó a experimentar la dinámica de las sociedades industriales, cambios que algunos analistas de la historia han llamado el *progreso*.

Palacios no se deja llevar, sin embargo, por una visión lineal e ingenua. Como lo sugiere el título de su libro, el desenvolvimiento del país ha estado acompañado de una tensión esencial y permanente entre "legitimidad" y "violencia", entre el consentimiento y la creencia en la legalidad de las normas que rigen la convivencia social y el uso recurrente de la fuerza para la solución de los conflictos.

En medio de estos apremios, el Estado se ha mostrado incapaz de ejercer el *imperium*, de retener en sus manos el derecho exclusivo de gobernar en nombre de la comunidad nacional. A lo largo de los años el monopolio del poder y de la fuerza le han sido cuestionados por sectores importantes de la población. Durante el siglo XIX las guerras civiles y los alzamientos exitosos fueron hechos corrientes, y durante el siglo XX los movimientos guerrilleros y los grupos armados —los paramilitares, los narcotraficantes y la delincuencia común— le han usurpado sus funciones y el dominio de regiones enteras del territorio formalmente a su cargo. En medio de estos choques, que unas veces toman la forma del terrorismo y otras de las masacres, las torturas las desapariciones y las ejecuciones sin juicio, difícilmente podría hablarse de progreso y de mejoras de las condiciones de vida de los colombianos.

Este crónico déficit de legitimidad del Estado le sirve a Palacios para organizar su relato. En medio de la presencia de la ley y de las vías de hecho, estudia la caída de los radicales y la afirmación de Núñez y Caro; el quinquenio de Reyes y el experimento republicano; la hegemonía conservadora, la república liberal y el esporádico ascenso del partido conservador. A ello añade el interregno militar de Rojas Pinilla, el Frente Nacional y los apuros de los años ochenta y noventa. Al lado de estos conflictos registra la evolución económica del país, la estratificación social, la evolución de los modos de vida y los desplazamientos de la población por la geografía nacional. Todo esto le confiere a su libro un espíritu comprensivo, pero el lector descubre que es en el campo de la política donde el autor se siente a sus anchas. Allí

Palacios despliega sus mejores dotes narrativas. Y si bien es cierto que con frecuencia se extiende en las tribulaciones de su viejo amor —el café—, los actores están presentes y siempre listos a salir al escenario. Tiene especial disposición para la pintura de la clase dirigente y para mostrar su capacidad de negociación y alianza con los sectores que luchan por acceder al poder.

Palacios expone con fuerza y a veces con verdadero ímpetu. Con frecuencia recurre a la ironía para revelar las múltiples caras de la acción política. Laureano Gómez promovió en 1952 una reforma constitucional de corte falangista y cinco años después lo encontramos defendiendo un proyecto constitucional de estirpe liberal que dio lugar al Frente Nacional. Su hijo Alvaro Gómez fue un crítico implacable de la reforma agraria de 1961, pero treinta años después señaló que el fracaso de aquella era una de las causas de los males del país. A este afán de persuadir, Palacios une una especial inclinación por el lenguaje coloquial. A lo largo del libro hay "chanchullos", militares que "mojan prensa", hombres de negocio que al amparo del Estado se han estado "sirviendo con la cuchara grande", narcotraficantes que "siguen tan campantes", políticos que apoyan las guerrillas "por debajo de cuerda" y gobiernos que le "ajustan las tuercas" al pueblo. Es verdad que estos instrumentos narrativos contribuyen a desacralizar los textos académicos y facilitan el diálogo con el lector corriente, pero también es claro que su uso indiscriminado pone en aprietos la objetividad del analista social y lo acercan peligrosamente al terreno minado de los juicios de valor. Es por ello quizás que el autor no encuentra impropio calificar de "esperpentos socialistas" a los asesores económicos de Rojas Pinilla.

A diferencia de la mayoría de los historiadores, Palacios no siente ningún temor de arribar a nuestros días. Su narración llega hasta ayer mismo, hasta agosto de 1994. Habla sin temor de la época sobre la cual está escribiendo —y estamos seguros de que si la editorial Norma se hubiera demorado un semestre más en la publicación de *Entre la legitimidad y la violencia*, los lectores estarían en alto riesgo de vérselas con un examen de las contradicciones de la administración del joven Ernesto Samper Pizano—. Cuando se instauró el Frente Nacional, nuestro autor tenía catorce años, y cuando finalizaba, se acercaba a los treinta, lo que en otras palabras quiere decir que durante este período comenzó a ser miembro activo de la sociedad que ahora estudia. Algunos lectores podrían señalar que aquí el historiador cede terreno al sociólogo, que a partir de este momento hay menos

historia y más análisis de conyuntura. Ello puede ser cierto, pero no por esto el libro decae. En los últimos capítulos muestra habilidad para asimilar e integrar información de diversas fuentes, y su balance, siempre persuasivo, apunta a los procesos de mayor significación. Su presentación de los problemas urbanos o de aquella epopeya negativa de los colombianos, conocida como *la Violencia*, es especialmente aguda además de sugestiva y novedosa. Esta contemporaneidad le abre al libro un auditorio más amplio que desborda el tradicional mundo universitario. El público interesado y de alguna formación encontrará en aquellas secciones fecundas orientaciones para la comprensión de la sociedad colombiana de finales del siglo XX, que difícilmente podría hallar en las monografías especializadas no siempre fáciles de conseguir y de digerir.

El libro trae, finalmente, un ensayo bibliográfico de gran utilidad para los investigadores, los estudiantes de ciencias sociales y los lectores que quieran profundizar en los múltiples aspectos examinados en sus páginas. La novedad de este registro no proviene solamente de la diversidad de trabajos, sino del cotejo de la multiplicidad de estudios y publicaciones extranjeras sobre Colombia. Palacios se sirve de todos ellos con familiaridad y destreza, y capítulo por capítulo nos recuerda que en otras tradiciones académicas —en la norteamericana especialmente— existe un notable conocimiento del país. Una de las lecciones de *Entre la legitimidad y la violencia*, es que los colombianos debemos comenzar a arreglar cuentas con este saber. En caso de no hacerlo, estaremos en peligro de ignorar los retratos que otros han hecho de nuestra sociedad, o lo que sería más penoso, de permanecer aislados de las contribuciones teóricas y metodológicas elaboradas en otros medios a partir de nuestra propia experiencia.

GONZALO CATAÑO

Universidad Pedagógica Nacional

FERNANDO AFANADOR NÚÑEZ. *Derecho colectivo del trabajo*. 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, 307 pp.

La obra que aquí comentamos cumple con el propósito de hacer una presentación y a la vez un examen sistemático de las disposiciones que regulan el Derecho Colectivo del Trabajo en nuestro país, sin caer en el error común de apelar a las transcripciones sustitutivas de los comentarios y críticas a que está obli-

gado quien emprende la tarea de exponer sus criterios sobre un ordenamiento determinado.

Desde este punto de vista el libro constituye un serio esfuerzo investigativo para llevar al lector una visión panorámica de la materia, destacando sus aciertos o resaltando sus vacíos y problemas de interpretación más consecuentes.

En el análisis de los temas, el autor no se detiene en la enumeración de teorías o de clasificaciones doctrinarias ya decantadas o *in extenso* conocidas por su continua cita, ya que hace sus propias aportaciones, como cuando presenta una novedosa "clasificación sobre los conflictos de trabajo" o sobre los diferentes tipos o categorías de cláusulas integradoras del convenio colectivo del trabajo. Fija su personal posición frente a lo que considera un equivocado tratamiento —a nivel general— del "campo de aplicación" de la convención colectiva, al excluir por la vía del acuerdo entre las partes a determinados trabajadores en contra vía de la legislación laboral y de la actual Constitución Nacional, y explica la necesidad de actualizar para adecuarlas al momento social actual, las disposiciones que hacen referencia con la huelga y el tribunal de arbitramento.

Los diversos capítulos están destinados a analizar las dos grandes materias reguladoras del derecho colectivo del trabajo en nuestro medio: el derecho de asociación sindical y el derecho colectivo a la negociación colectiva. En su exposición analítica el autor toca todos los temas que integran estas dos grandes partes, haciendo mención en algunos casos a su tratamiento en la legislación comparada y, en otros, frente a posiciones jurisprudenciales.

SERIES PUBLICADAS POR EL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

El recién creado Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, bajo la dirección del doctor Luis Eduardo Montealegre Lynett, inició la serie Colección de Estudios y la de Cuadernos de Conferencias y Artículos.

La primera de estas series cuenta ya con dos monografías: una sobre el tema de "La Imputación Ob-

jetiva en el Derecho Penal", del profesor doctor Günther Jakobs, decano de la Facultad de Derecho y director del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn; y otra sobre "Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva" del profesor asociado en el área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, Manuel Cancio Meliá.

La serie Cuadernos de Conferencias y Artículos se ha iniciado con el escrito del profesor Jakobs denominado: "La competencia por organización en el delito omisivo".

GÜNTHER JAKOBS. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colección Estudios, N° 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, 110 pp.

Esta primera monografía compila las conferencias dictadas por el profesor Jakobs en las XVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal que se celebraron en la Universidad Externado de Colombia del 22 al 26 de agosto de 1995.

La moderna Teoría de la Imputación Objetiva comandada por el profesor Jakobs consiste en edificar las categorías dogmáticas penales con base en la realidad social. Es por esta razón que los conceptos básicos del Sistema del Derecho Penal no pueden ser extraídos ni de la ontología ni de las ciencias naturales, sino que han de elaborarse con base en el significado social del comportamiento. El delito es entendido entonces como la defraudación de expectativas por el quebrantamiento de un rol. Todos los seres humanos nos encontramos dentro de la sociedad como portadores de roles, es decir, como personas que debemos administrar una parte del acontecer social de una manera estándar. Con palabras de Jakobs: «... las garantías normativas establecidas por el derecho no tienen el contenido que todos intenten evitar todos los daños posibles. Si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social; sino que adscriban a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas- determinados cometidos, es decir, asegurar estándares personales, roles que deben ser cumplidos y de este modo hacer posible una orientación con base en patrones generales, sin conocimiento de las características individuales de una persona que actúa...».

Cuando un contacto social produce una defraudación, teóricamente podemos explicar ese acontecer

lesivo de cuatro formas: por un comportamiento incorrecto de la víctima, por el comportamiento incorrecto del autor, por un comportamiento incorrecto de un tercero o, sin que podamos señalar que exista imputación, por un factor desgraciado o infortunado. En los tres primeros casos, donde podemos hablar de imputación ha de determinarse entre estas personas a quién o a quiénes les compete el acontecer delictivo, es decir, quién o quiénes han quebrantado su rol general o especial. Esto es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los delitos imprudentes, sólo que en la esfera de los delitos dolosos es tan evidente el quebranto del rol que no es necesaria una mayor explicación.

Con base en lo anteriormente dicho, podemos afirmar que para decir que estamos frente a un delito, ya no basta decir que hay una lesión a un bien jurídicamente protegido. -o si no estaríamos construyendo la noción del delito sobre los datos eminentemente naturalistas, causalistas- sino que es esencial que concurra el quebranto de un rol.

El profesor Jakobs enuncia cuatro instituciones dogmáticas que deberían estudiarse con base en la Imputación Objetiva.

Elas son:

a) *El Riesgo Permitido*. Todo contacto social entraña riesgos. La sociedad es una institución que está destinada a hacer posible las interacciones sociales. Aquello que está permitido no se rige por la fórmula de beneficio y costes sino, básicamente, por consideraciones de índole histórica. El riesgo permitido es una causa de exclusión del tipo y ha de establecerse conforme al rol de quienes pueden lícitamente organizar un ámbito vital; por regla general no han de tenerse en cuenta los conocimientos especiales del autor, a menos que se trate de un rol derivado de una competencia institucional.

b) *Principio de Confianza*. Es la permisión de poder confiar en una medida que ha de determinarse, en que las demás personas actuarán correctamente, a pesar de que todos sabemos que esas personas cometen errores. Se trata de aquellos sucesos en los que alguien es garante para la evitación de un suceso dañoso. Sin el principio de confianza sería imposible una división efectiva del trabajo. No cabe imaginarse una sociedad que no tenga en cuenta este principio.

e) *Prohibición de Regreso*. Al igual que en el principio de confianza se trata de la problemática que existe cuando varias personas solidariamente administran un riesgo. Por lo tanto, quien asume un vínculo estereotipado inocuo con otro ser humano, no constituye participación en un delito, aunque el otro

aproveche esa situación para realizar un hecho delictivo. Ha de reconocerse este principio de la prohibición de regreso para evitar que se acabe con la libertad de poder tener contactos sociales para alcanzar los fines propuestos.

e) *Competencia de la Víctima*. Un contacto social puede no solo competir al autor, sino también a la víctima, ya que su comportamiento puede dar lugar a que la consecuencia lesiva se le impute a ella misma o porque ella se encuentra en una situación infortunada. En esta institución hay una infracción al deber de autoprotección, donde la víctima misma quebranta su rol y consiente en actuar en el rol de víctima. Aquí se resuelven los casos de autopuestas en peligro en los ámbitos de la drogadicción, del sida, de la práctica de determinados deportes, etc.

Finalmente, en la realización de una conducta es necesario establecer si el resultado, además de ser socialmente perturbador, llega hasta la consumación. Por lo tanto, los daños que se producen deben ser atribuidos a determinados riesgos. La sola causalidad de un comportamiento no sirve como explicación, pues un comportamiento no permitido puede producir efectos no planificables por la mera variación de riesgos vitales. Por esta razón, critica el profesor Jakobs la conducta alternativa conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo. Respecto a los daños consecuenciales, ellos han de imputarse cuando el segundo causante produce el daño por error.

MANUEL CANCIO MELIÁ. *Los Orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colección de Estudios, N° 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, 66 pp.

Con esta monografía se realiza fundamentalmente un recuento histórico del significado que tuvo el concepto de la adecuación social por parte de Welzel, para llegar a la conclusión de que el creador de la teoría final de la acción estableció las bases de la hoy llamada Teoría de la Imputación Objetiva, con su Teoría de la adecuación Social inicialmente concebida.

En un primer momento Welzel consideró la teoría de la adecuación social como integrante del tipo penal, por ello un comportamiento no puede constituir injusto penal si no se ha traspasado la frontera de la adecuación social. En una segunda fase, Welzel ubica la teoría de la adecuación social como una causa de justificación consuetudinaria, pues por aquella

época Welzel era partidario de la teoría de los tipos abiertos.

En una tercera fase, reduce Welzel a la adecuación social a un principio general en materia de interpretación.

El capítulo segundo de esta monografía pretende dilucidar la pregunta de si la teoría de la adecuación social constituye para Welzel un segundo pilar de apoyo, junto a la finalidad de la acción, para desarrollar su teoría de la acción final. En primer lugar ha de preguntarse si el concepto de adecuación social ha de identificarse con el concepto finalidad (dolo), y en segundo lugar si se puede equiparar la adecuación social al deber objetivo de cuidado de los delitos imprudentes.

El último capítulo de este trabajo trata sobre la Adecuación Social e Imputación Objetiva. En primer término se resalta el rechazo que tienen algunos seguidores de la doctrina final de la acción a la nueva teoría de la Imputación Objetiva, pues, según ellos, ésta trata de problemas que pertenecen al tipo subjetivo o a la necesaria corrección de algunos tipos penales en la parte especial. Finalmente se llega a la conclusión de que la Teoría de la Adecuación Social realizó los trabajos preparatorios para la renormativización del tipo objetivo y constituyó el origen de lo que hoy se discute bajo el nombre de Imputación Objetiva.

GÜNTHER JAKOBS. *La Competencia por Organización en el Delito Omisivo*. Cuadernos de Conferencias y Artículos, N° 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, 44 pp.

Con la elaboración de este trabajo pretende el autor llegar a la conclusión de que la distinción entre acción y omisión es meramente superficial, y que la dogmática penal al hacer tal diferenciación ha creado un problema donde no lo había, pues dicha diferenciación es meramente naturalística, mas no jurídica. Seguidamente y con consideración sociológicas y filosóficas, Jakobs considera que el fundamento de la responsabilidad penal es siempre una lesión a las reglas del *status* general o especial al que está obligado cada individuo que pertenece a una determinada sociedad.

El *status* general es el *status* mínimo que es posible imaginar y su contenido consiste en tener que respetar a otro en su derecho y en el de ser respetado por los otros en su derecho. El fundamento de la responsabilidad está en la lesión a esos límites generales de la libertad respecto de la configuración del mundo exterior. A este *status* general lo denomina Jakobs

"competencia por organización" (*Organizationrstandigkeit*).

Junto a estos deberes, en virtud de competencia, encontramos los llamados deberes en virtud de competencia institucional (*institutionelle Zustandigkeit*) que configuran el *status* especial, es decir, deberes que solo afectan a determinadas personas que están dentro de la sociedad y a las que se les han asignado un haz de deberes y derechos. Por ejemplo, el *status* de padre, de hijo, de cónyuge, etc. Los delitos de omisión que se cometan vulnerando estos deberes institucionales encuentran su reverso en los delitos de comisión activa, denominados delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*), lo que significa que la diferenciación entre autor y partícipe generalmente no existe, pues no hay relevancia del *quantum* organizativo y no se aplica el principio de la accesoriedad. En el *status* general han de tenerse en cuenta los deberes de aseguramiento, los deberes de salvamento en virtud de asunción y por injerencia, al igual que

la autolesión. Al estudiar estas instituciones se llega a la inicial conclusión planteada por el profesor Jakobs de que la división entre delitos activos y omisivos es meramente superficial, para lo cual se vale de múltiples ejemplos.

Y es que si partimos de que el delito es la defraudación de una expectativa social, materialmente no puede existir una diferencia entre acción y omisión, porque no interesa desde el punto de vista naturalista determinar si el sujeto actuó o dejó de actuar. Lo determinante es demostrar si se defraudaron las expectativas que genera su rol general o especial. Igualmente, con esta nueva concepción de la Imputación Objetiva, la posición de garante, que tradicionalmente solo era un elemento de los delitos de omisión, pasa a constituir un elemento esencial de los delitos de comisión.

CLAUDIA LOPEZ DIAZ

Novedades bibliográficas

BACIGALUPO, MARIANO. *La justicia comunitaria: estudio sistemático y textos normativos básicos*. Madrid, Marcial Pons, 1995. 215 pp. La función del Tribunal de Justicia en un sistema jurisdiccional complejo de base cooperativa. El Tribunal de Justicia como intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario. El Tribunal de Justicia como garante del respeto del derecho comunitario por los Estados miembros.

CAMARGO, PEDRO PABLO. *La extradición*. Bogotá, Leyes, 1996. 198 pp. Origen y desarrollo de la extradición. Improcedencia de la extradición por delitos políticos. La extradición y el narcotráfico. La extradición disfrazada. La extradición en el derecho colombiano. La extradición ejecutiva. La extradición entre Colombia y los Estados Unidos.

COLOMBIA. COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS. *Estrategia integral contra el lavado de activos*. Bogotá, 1996. 26 pp. Definición del campo de acción de las autoridades objetivas. Presentación de la estrategia antilavado. Sanción de los sujetos involucrados. Control y apoyo al desarrollo de la estrategia.

CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL. *Dictamen de la Comisión: reforzar la unión política y preparar la ampliación*. Luxemburgo, Comisión Europea, 1996. 23 pp. Una Europa para el ciudadano. Una identidad exterior fuerte. Una institución para la Europa ampliada. Conclusiones.

Incidencia social de la acción de tutela. Bogotá. Ministerio de Justicia y del Derecho, 1996, 205 pp. El control constitucional. Criterios de procedibilidad en materia de derechos sociales, económicos y culturales.

JARAMILLO, MARIO. *Justicia por consenso*. Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996. 117 pp. Justicia sin consenso. Justicia por consenso. Los sistemas. Notas bibliográficas.

La financiación de los partidos políticos: debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

LORETI, DAMIÁN. *El derecho a la información: relación entre medios, público y periodistas*. Buenos Aires, Paidós, 1995. 246 pp. Derecho a la información. Sobre periodismo y periodistas. Cláusulas profesionales protectoras del ejercicio. Responsabilidad de la prensa. Derecho a réplica. Radiodifusión como expresión de la libertad de prensa. Epílogo. Anexos.

SOLÓRZANO NIÑO, ROJERTO. *Medicina legal: criminalística y toxicología para abogados*. Bogotá, Canal Ramírez, 1996. 640 pp. Nociones generales. Tánatología. Atentados contra la salud. Atentados contra la vida. Medicina legal especial. Bibliografía.

URIBE VARGAS, DIEGO, *El derecho a la paz*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996. 274 pp. Fundamentos del derecho a la paz. Del peligro nuclear a la guerra química y bacteriológica. Nuevos mecanismos para la solución de conflictos internacionales. Justicia popular y Tribunal de las Aguas de Valencia. Soluciones amigables a las controversias privadas. El derecho a la Paz es la garantía de la vida y de la libertad. Bibliografía.

VARGAS VARGAS, PEDRO. *536 Preguntas claves de derecho penal*. Bogotá, Doctrina y Ley, 1996. 205 pp. Actividad psicofísica del delincuente. Investigación previa por iniciativa propia. Medidas de aseguramiento.