

Artículos de Derecho Tributario

Un fragmento sobre el gobierno (Jeremy Bentham). “Un texto introductorio a las denuncias del autor sobre el peligro de hacer depender el derecho de lo que digan los jueces en sus fallos”

GERMÁN PARDO CARRERO PHD

La ultraactividad como vía indispensable para evitar la aplicación retroactiva de las nuevas leyes tributarias

MAURICIO A. PLAZAS VEGA

Aplicación de la ley en el tiempo en materia tributaria / Efectos en ciertos casos particulares frente a ciertos cambios en la ley tributaria y con ocasión de los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado

CLARA INÉS RAMÍREZ DUARTE

Efectos de la irretroactividad de la ley tributaria

GUSTAVO ALBERTO PARDO ARDILA

El principio de irretroactividad en materia tributaria: la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre su alcance

MARÍA CATALINA PLAZAS MOLINA

La naturaleza retroactiva de las leyes de interpretación y su admisibilidad en materia tributaria


MATEO VARGAS PINZÓN

Reflexiones sobre la derogatoria del artículo 264 de la Ley 223 de 1995 y los efectos del artículo 131 de la Ley 2010 de 2019

CLAUDIA RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ, ARIANA CATALINA FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Defraudación del principio de confianza legítima en materia tributaria en Colombia

CARLOS F. FORERO HERNÁNDEZ



Análisis jurisprudencial: efectos de las sentencias de la Corte
Constitucional frente a la aplicación de las normas tributarias en el tiempo

*BRANDON S. ESPINEL LAVERDEZ, CHRISTIAN ALEJANDRO ACEVEDO MENDOZA
JENNIFER LORENA RAMÍREZ BENAVIDES, JOSÉ MANUEL CASTAÑEDA ESPINEL*

Aplicación en el tiempo de las normas sustantivas en
materia tributaria en los tributos de período

*CARLOS MARIO RESTREPO PINEDA, JOSÉ DARÍO ZULUAGA CALLE,
JULIÁN ANDRÉS RÍOS OBANDO*

La reviviscencia de la ley en el marco de la declaratoria de
inexequibilidad de la Ley 1943 de 2018 y la expedición de la Ley 2010 de 2019

LORENZO CASTILLO BARVO, MARISOL CÉSPEDES QUEVEDO

Aplicabilidad del componente inflacionario en el año gravable
2019 como consecuencia de su reviviscencia

ARLINN CERVANTES, MARÍA HELENA JIMÉNEZ PRESTAN

La consolidación de situaciones jurídico – tributarias y
su aplicación en la nulidad de tributos territoriales

ANDRÉS BERDUGO, EDWARD GUZMÁN

Acerca de la vigencia temporal de las normas y criterios jurisprudenciales
en materia tributaria: especial referencia al ordenamiento venezolano

TAORMINA CAPPELLO PAREDES

Sobre la (in)validez normativa y aplicación en el
tiempo de la ley «constitucional» que crea el impuesto
a los grandes patrimonios en Venezuela

SERVILIANO ABACHE CARVAJAL

Tratamiento de los embargos de cuentas bancarias

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA



Un fragmento sobre el gobierno (Jeremy Bentham).
“Un texto introductorio a las denuncias del autor
sobre el peligro de hacer depender el derecho
de lo que digan los jueces en sus fallos”¹

A fragment on government (jeremy Bentham).
“An introductory text to the author's claims about the danger
of having law depend on what the judges say in their rulings”

Um fragmento sobre o governo (Jeremy Bentham).
“ Um texto introdutório às denúncias do autor
sobre o perigo de fazer depender o direito do
que digam os juízes em suas sentenças”

GERMÁN PARDO CARRERO PHD²

Para citar este artículo / To reference this article

Germán Pardo Carrero. *Un fragmento sobre el gobierno (jeremy bentham)*.
“*Un texto introductorio a las denuncias del autor sobre el peligro de hacer
depender el derecho de lo que digan los jueces en sus fallos*”. Revista
Instituto Colombiano de Derecho Tributario 82. Junio de 2020. At. 21.

Recibido: 31 de marzo de 2020

Aprobado: 29 de abril de 2020

Página inicial: 21

Página final: 36

Resumen

Cómo lo escrito por Jeremy Bentham hace casi veinticinco décadas puede y debería tener aplicación en países como el nuestro, sobre todo buscando que el legislador tributario realice su labor de forma seria y clara, para evitar que los

1 Subtítulo sugerido por el doctor Mauricio PLAZAS VEGA

2 Abogado Universidad del Rosario. Doctor en Derecho Tributario Universidad de Salamanca, España. Director Posgrado en Derecho Aduanero y del Comercio Exterior, U del Rosario. Autor de varios libros y artículos en revistas especializadas. Profesor Universitario.

fallos judiciales deban entrar a resolver situaciones por vacios u obscuridad de la ley, con indudables posibilidades de crear efectos retroactivos.

Palabras clave: Irretroactividad, seguridad jurídica, legislador tributario

Abstract

How what was written by Jeremy Bentham almost twenty-five decades ago can and should be applied in countries like ours, where we have to try to make sure that the tax legislator does his job cleanly and conscientiously, so that judicial decisions are not subsequently required to resolve situations arising from gaps or gray areas of the law, and the inevitable possibility of creating retroactive impacts.

Keywords: Non-retroactivity, legal certainty, tax legislator, need for clear regulations, publicity and transparency of the law.

Resumo

Como o escrito por Jeremy Bentham, faz quase vinte cinco décadas pode e deveria ter aplicação em países como o nosso, especialmente buscando que o legislador tributário realize a sua labor de forma séria e clara, para evitar que as sentenças judiciais devam entrar a resolver situações por vazios u obscuridade da lei, com indubitáveis possibilidades de criar efeitos retroativos.

Palavras-chave: Irretroatividade, segurança jurídica, legislador tributário, necessidade de normas claras, publicidade e transparência da lei.

1. A manera de introducción.

Para la revista 82 del ICDT he reseñado el clásico denominado “Un fragmento sobre el Gobierno” del ilustre pensador inglés Jeremy Bentham, que apareció en 1776 y es, de hecho, su primera obra. Mi trabajo (su borrador) fue leído por los doctores Paul Cahn-Speyer Wells (a la sazón director de la revista) y Mauricio Plazas Vega, quienes tuvieron a bien realizar una serie de acotaciones tendientes a su uso como trabajo introductorio de la revista del ICDT, que tiene como eje temático la *irretroactividad de la ley*. Para la cabal integración temática con la materia abordada en la revista, sugiere Plazas Vega:

La idea es reparar en la indudable pertinencia del autor para Colombia y para el *derecho tributario* en lo que atañe a efectos perversos que pueden generar la falta de claridad de los textos legales y la ausencia de normas de transición. Efectos que, en últimas, se traducen en fallos judiciales que

pueden no hallar su real sustento en los textos legales (a despecho del *principio nullum tributum sine lege*) sino en sus convicciones personales, con lo cual, en últimas, crean derecho en ese aspecto y lo hacen, para los supuestos sobre los cuales se pronuncian, con inevitable *efecto retroactivo*.

Así, acudir a Bentham es destacar que justamente en el ámbito de la glorificación del *derecho judicial*, tan arraigada en Inglaterra, un autor de la Gran Isla—acaso el más respetable y reconocido del liberalismo radical del siglo XIX— fue enfático y contundente en su defensa de la ley positiva, y no de los fallos judiciales, como el eje fundamental del Derecho ³ y la cabal garantía de la seguridad jurídica.⁴

3 PLAZAS VEGA cita de BENTHAM de otra de sus obras lo siguiente: “El derecho consuetudinario, como se llama en Inglaterra, el derecho judicial, como más propiamente se le podría llamar en cualquier otra parte; esa ficticia composición que no tiene por autor a persona conocida, ni conjunto conocido de palabras para designar su sustancia, forma por todas partes el cuerpo principal de creación del derecho; como ese fantástico éter que, a falta de materia sensible, copa el universo en todas sus dimensiones. Jirones y restos del derecho auténtico, atrapados en ese terreno imaginario, componen el mobiliario de cada código nacional”. (BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pág 8). **PLAZAS VEGA**, Mauricio. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo de 5 de abril de 2020.

4 PLAZAS VEGA, Mauricio. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo de 5 de abril de 2020

La “seguridad” supone ante todo “la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse en sus relaciones con los demás”. Si a la seguridad se le adjetiva de “jurídica”, se está haciendo relación a la idoneidad del derecho para que una persona pueda saber a qué atenerse. Lo anterior adquiere mayor fuerza si se parte de la base que el Derecho como instrumento esencial de la convivencia social es imprescindible para la seguridad, de manera que el principio fundamental de la seguridad jurídica lo constituye la existencia de un orden jurídico, el cual hoy se encuentra ligado a la noción y existencia del Estado, entidad que es la mayor expresión del poder público, encargada de garantizar la mencionada seguridad y de componer y armonizar todos los intereses individuales y colectivos cuando los mismos puedan colisionar por eventuales conflictos. Cfr. GARCÍA NOVOA, César. El principio de seguridad jurídica en materia tributaria. Madrid : Marcial Pons. 2000, p.21 y ss.

Sobre seguridad jurídica e irretroactividad ha dicho en Colombia la Corte Constitucional: “*En este caso, encuentra la Corte que el principio cuya salvaguarda está de por medio es el de seguridad jurídica. En efecto, al considerarse las leyes tributarias leyes que, en general, imponen cargas a las personas que determinan como sujetos pasivos, se ha entendido que éstos deben tener plena claridad respecto de las actividades que generen tributos y el monto al que los mismos ascenderán, para que dichas cargas no resulten un imprevisto que afecte desproporcionadamente el debido proceso, la equidad, la buena fe, la libertad de empresa o el derecho de propiedad, entre otros. La exigencia del artículo 338 de la Constitución tiene sentido en cuanto evita la variación intempestiva en las condiciones de tributación de los contribuyentes, de manera que se afecte la confianza legítima que durante un período fiscal se había generado en torno a las reglas de tributación que regirían el mismo. Así, se salvaguarda al sujeto pasivo de los tributos de sorpresas, hechos intempestivos o, incluso, fraudes que un Estado fiscalista pueda obrar en su contra. En ciertas ocasiones esta protección también implica que situaciones acaecidas antes de que la ley entre en vigencia se constituyan en fuente de obligaciones para el sujeto pasivo; por esta razón, en casos anteriores, y a criterio de la Corte de manera errónea, suele entenderse complementada –o, incluso, reiterada– por la limitación del artículo 363 de la Constitución que prohíbe la retroactividad de las leyes tributarias, en cuanto que su objetivo o razón de ser es la misma: evitar que una nueva ley tome como base de imposición hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia*” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-076 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) febrero 15 de 2012).

SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO: LAS FUENTES EN MATERIA TRIBUTARIA

Lo anterior puede resultar hoy, para los admiradores en Colombia del derecho anglosajón y de muchas de sus instituciones, novedoso y, si se quiere, una crítica inesperada. No obstante, esto no es desatinado sobre todo si se recuerda que nuestro sistema jurídico, basado en el derecho europeo continental, privilegió la ley como la fuente esencial del Derecho, que debe ser creada por el legislador e interpretada, entre otros, por supuesto, por los jueces.

2. “Un fragmento sobre el Gobierno” constituye una fuerte pero merecida crítica a una obra famosa en su tiempo (y aún a mediados del siglo XIX) denominada “Comentarios sobre las leyes de Inglaterra”, escrita por Sir William Blackstone, quien fuera profesor de “Derecho de Inglaterra” en la Universidad de Oxford. Esta obra, de acuerdo con lo que se ha podido verificar, otorgó un importante lustro a su autor y sirvió para encumbrarlo en las más altas posiciones del Estado inglés⁵. Bentham, a su turno, era un joven abogado todavía desconocido, lo que hizo que el libro se diera a la luz como de un autor anónimo.⁶

Para Bentham, la obra glosada no es más que floritura o partitura elogiosa hacia la autoridad inglesa, con la que se busca obtener utilidad personal, pero con la que no se llega a efectuar reflexiones reales ni con espíritu crítico sobre el sistema jurídico inglés. Para que se comprenda claramente el sentido de “Un fragmento sobre el Gobierno”, transcribo el último párrafo de la obra que dice:

Con esta intención –Hacer algo por instruir, pero más por desengañar al tímido y admirativo estudiante; -incitarle a poner más confianza en su propio esfuerzo, y menos en la infalibilidad de los grandes nombres; -ayudarle a emancipar su juicio de las trabas de la autoridad; -que vea que el no comprender un discurso puede ser la misma falta tanto del escritor como del lector; -enseñarle a distinguir entre un lenguaje ostentoso y otro con sentido coherente; -prevenirle de que no juegue él mismo con las palabras; -demostrarle que lo que pueda verbenear al oído, o deslumbrar a la imaginación, no siempre informará al juicio; -demostrarle lo que puede hacer nuestro autor,

5 “Cuando aparece el *Fragmento*, Blackstone ha alcanzado casi todos los honores que un abogado podría aspirar. Era, sin duda, si no el más prestigioso, uno de los más reputados abogados de Inglaterra, y sus *Comentarios* eran considerados entre los círculos jurídicos y académicos como una autoridad en la materia...” BOCARDO CRESPO, Enrique. Estudio preliminar, traducción y notas de la obra Jeremy Bentham: Un fragmento sobre el Gobierno. En : BENTHAM, Jeremy. “Un Fragmento sobre el Gobierno”. Madrid. Tecnos 2 ed. 2010. Pág. XXXIX.

6 La obra de BENTHAM causó en círculos políticos y jurídicos elucubraciones e inquietudes importantes y le fue atribuida a muchos personajes preponderantes de dicha época, circunstancia de la BENTHAM se vanagloriaba al entender que su obra se asignaba a la autoría de grandes y perspicaces mentes del momento. En el Apéndice I de la obra se incluye el “prefacio previsto para la segunda edición”, en el que Bentham se encarga de mostrar algunos de los comentarios a su obra, todos de importantes pensadores (ver BENTHAM Jeremy, Un fragmento sobre el gobierno. Madrid. Tecnos. 2003. Apéndice I, “prefacio previsto para la segunda edición”. pág. 195 y ss.

y ha hecho: lo que no ha hecho, ni puede hacer; -predisponerle a que mejor ayune de la ignorancia a que se alimente con el error; -que vea que con relación a (sic) un expositor de la ley, nuestro autor no es el que habrá de venir, sino que todavía podemos estar esperando a otro. —"¿quién pues" dirá mi objetor, "será el otro?, ¿vos mismo? - No en verdad. -Mi misión llega a su fin, si le he preparado el camino a él ⁷.

Justificando sus demoledoras opiniones, aduce Bentham que, de omitir hacer críticas como las que hace, "la causa más favorable que le puede asignar a la omisión es la indiferencia: indiferencia ante el bienestar público —esa indiferencia que es en sí un crimen—. " (pág. 13). Asimismo refuerza su idea indicando que:

Por mi parte, no sé por qué es una buena razón que se justifique el mérito de una ley cuando el bien se tendría que haber pensado mayor, que el censurarla cuando sea mala. Bajo un gobierno de leyes, ¿Cuál es la consigna de un buen ciudadano? Obedecer puntualmente, censurar libremente⁸.

E indica,

tanto más es cierto; (sic) que un sistema en el que nunca se censura, jamás será perfeccionado: que si nunca en nada se encuentra una falta, nada será mejorado: y que una resolución que justifique cualquier cosa en cualquier momento y que nada desaprobe, es una resolución que, lograda en el futuro, debe encontrarse como un listón efectivo para toda la felicidad adicional que podamos alguna vez esperar... (Pág. 14).

Diáfano resulta entonces hacia dónde se orienta el contenido de todo el libro de Bentham: está en contra de un trabajo formalmente bien elaborado, pero sin un fondo cierto, ni sustancia. Además, en su glosa incluye reflexiones importantes y reitera principios muy válidos tales como recordar que (i) una norma debe en sus efectos causar "felicidad" (ser útil), (ii) su texto ser de tal claridad que no requiera para su entendimiento de intérpretes técnicos, (iii) ser general, (iv) objeto

7 Enrique Bocado Crespo, profesor titular de filosofía moral y política en la Universidad de Sevilla, quien ha actuado como traductor, editor, anotador y ha realizado un estudio preliminar de "Un fragmento sobre el Gobierno", explica la última parte del párrafo transcrito y específicamente lo que se refiere a quién será quién pudiese reparar en estos dislates o errores, así: "Preparar el camino al Señor era la misión del profeta Juan el Bautista. Refiriéndose al Bautista, Jesús dice en Mateo, 11,9-10: ¿entonces qué salisteis a ver? ¿Un profeta? Sí, yo os lo digo, y más que un profeta. Él es de quien está escrito: he aquí que yo envío delante de ti a mi mensajero, el cual preparará tu camino delante de ti". BOCARDO CRESPO, Enrique. Edición preliminar, traducción y notas al libro de Jeremy BENTHAM, "Un fragmento sobre gobierno", En: BENTHAM Jeremy. "Un fragmento sobre el gobierno". Madrid. Tecnos. 2 ed., 2010. Pág. 271.

8 BENTHAM, Jeremy. Op. cit. Pág., 14.

de publicación para su conocimiento, (v) el legislador debe ser el parlamento y no el juez, etc., entre otros.

3. En su trabajo, Bentham diferencia la tarea del Expositor de la Ley de la del Censor. El Expositor explica el derecho que existe, aprehende la norma, es un ciudadano que la obedece puntualmente. El Censor es al que le corresponde enseñar, es quien debe ser el ciudadano del mundo:

Al Expositor le corresponde mostrar lo que el Legislador y su asalariado el Juez ya han hecho: Al Censor le corresponde sugerir lo que el Legislador deba hacer en el futuro. Al Censor, en suma, le corresponde enseñar toda aquella ciencia, que, al cambiar de manos convertida en arte, pone en práctica el Legislador (pág. 11).

Puede deducirse entonces la primacía que se otorga al Legislador en relación con lo que se podría denominar la tarea de formular el derecho; y, al hacer estas apreciaciones indica que, de hecho, "el derecho no es enemigo de hombre alguno: el derecho no es el rival de ningún hombre. Preguntad a la clamorosa y rebelde multitud —nunca es el derecho mismo el que está equivocado: siempre es cualquier perverso intérprete del derecho quien lo ha corrompido y ha abusado de él—" (pág. 16- 17).

Bentham fundamenta la validez de la norma sobre la base de la utilidad: más que su efectividad, discutir si la norma es buena, es un juicio que sopesa el *principio de utilidad*.

4. En cuanto a la ley, esta debe ser clara y explicarse a sí misma:

No razones técnicas, como las que no ofrece sino un abogado, ni ninguna que daría un abogado; sino tales razones, que fueran en sí mismas lo que pueden y deben ser, y expresadas asimismo en la manera que puedan y deban de ser, de suerte que cualquier hombre pueda ver su fuerza tanto como él.

La obra que Bentham glosa no defiende la necesidad de la claridad de la ley, en tanto que para el glosador la ley debe ser tan clara que, por sus consecuencias —el dolor y el placer—, cualquier hombre podría entender, sin recurrir a un abogado, su significación. (pág. 40-41)⁹.

9 La ley debe ser clara para que todos la puedan entender. Sobre la obra que se pronuncia, Bentham aduce que a Blackstone no parece gustarle el cambio por el cual la ley se escribe en inglés y no como antes en latín. Y en las notas de pie destaca: "Después de todo, lo que parece ser el mal real, a pesar de la falta de ganas de nuestro Autor en creerlo, es que, por medio de este cambio, los hombres en general tienen, en cierto modo, una manera de conocer mejor lo que sus abogados tratan: y que un desinteresado y

Estas apreciaciones, formuladas casi 25 décadas atrás, deberían ilustrar el trabajo del legislador colombiano, pero por lo que se ve, por lo menos en materia tributaria, la claridad no es el propósito de la legislación: expedir leyes, confusas y pretenciosamente técnicas, pareciera la tarea privilegiada del actuar del legislador que, dicho sea de paso, poco analiza lo que aprueba. El viejo principio de legalidad se encuentra en una verdadera crisis¹⁰. Como ejemplo, Cahn-Speyer Wells cita cómo “la mezcla” entre la indiferencia del legislador tributario y la omisión de considerar la utilidad que debe desprenderse de su labor con la seguridad jurídica que suministran las normas de transición —que precautelan que a los contribuyentes no le apliquen disposiciones de manera retroactiva— se ha convertido en fenómeno reiterado en todas las reformas tributarias, y que no solo perjudican al contribuyente sino también a la propia administración de justicia, al trasladarle toda la problemática y la responsabilidad.¹¹

5. En la introducción de la obra, Bentham indica que el análisis del autor, después de verificar todo imaginario de diferentes ámbitos del derecho, (derecho de la naturaleza, derecho de la revelación, derecho de las naciones), se refiere al *derecho municipal* que es básicamente el derecho ordinario, común o “derecho sin

empresedor legislador, felizmente habría de surgir, sería ahora capaz de verlo ante él con algo menos de dificultad.” BENTHAM, Jeremy. “Un Fragmento sobre gobierno”. Madrid. Tecnos 2 ed. 2010. Pág. 30-32.

10 En su libro “El Derecho Tributario actual. Innovaciones y desafíos”, indica GARCÍA NOVOA que la crisis del principio alcanza hoy tanto a su aspecto formal, encarnado en el procedimiento legislativo, como al contenido sustantivo de la norma. El procedimiento legislativo de adopción de las leyes se ha pervertido por la pérdida progresiva de la función del parlamento como foro de discusión, debate y contraste de ideas. En muchos casos, la ley no deja de ser un requisito ritual, un mero trámite, cuyo contenido termina de ser delineado en disposiciones de rango inferior a las que la forma legal viene a dar cobertura, se erosiona la esencia tradicional de la ley como norma que expresa un racionalismo objetivo fruto del debate parlamentario, para convertirse en instrumento procedimental de compulsión de disposiciones técnicas. Ello ha deteriorado la señalada garantía parlamentaria del derecho de la colectividad a la discusión y el debate de la política fiscal. Además, se ha diluido la separación entre el parlamento y el ejecutivo por el control de las cámaras que hacen los partidos que controlan el gobierno. El proceso de adopción de la ley ha dejado de constituir un debate, para convertirse en un procedimiento de ratificación de proyectos de ley elaborados por el gobierno.

Adicionalmente, se asiste a un proceso de descodificación de la ley tributaria lo que hace que la legislación se haya vuelto ‘inestable e impredecible’, cargada de normas carentes de función innovadora o de ordenación de la realidad y utilizada como vehículo de propaganda electoralista. Se pulveriza el derecho legislativo fruto del deterioro de la generalidad y abstracción de las leyes: inflación legislativa y una persistente sanción de leyes de carácter sectorial y temporal. Todo ello mientras que la codificación suponía seguridad. Ver. García Novoa, César ‘El Derecho Tributario actual. Innovaciones y desafíos.’ Bogotá, ICDT, ‘serie de monografías tributarias’ 2ed. edición, 2018.

PLAZAS VEGA también recuerda que BENTHAM fue el líder de un movimiento codificador de gran calado que partió de la base de considerar la ley positiva como la clave de la seguridad jurídica. De ahí que en su *Tratado sobre legislación civil y penal* dijera: “el objeto principal de las leyes es el cuidado de la seguridad. Este bien inestimable, indicio distintivo de la civilización es enteramente obra de las leyes. Sin leyes no hay seguridad (...)” (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de legislación civil y penal*, traducción de RAMÓN DE SALAS Y CORTÉS basada en la versión francesa de Esteban Dumont, Madrid, Editora Nacional, 1981, pág. 116). PLAZAS VEGA, Mauricio. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo de 5 de abril de 2020.

11 CAHN-SPEYER WELLS, Paul. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo de 5 de abril de 2020.

más”: “En una palabra, aquella clase que vemos hacer en cada nación para expresar la voluntad de aquel cuerpo de ella que la gobierna” (pág. 50). Es como si se hablase hoy de un derecho nacional o de un derecho interno. Dentro de sus contenidos se refiere a cómo los gobiernos fueron establecidos, las formas que ellos asumen, el derecho que tiene el gobierno para hacer leyes y el deber de hacerlas. Y, finalmente, para estudiar la temática del libro de Blackstone, que glosa, propone y desarrolla 5 capítulos, a saber: (i) Formación del gobierno (ii) Formas de gobierno. (iii) Constitución británica. (iv) Derecho del poder supremo de hacer las leyes. (v) Deber del poder supremo de hacer las leyes. (pág. 53)

Para explicar la formación del gobierno¹² se parte de la idea (disparatada a juicio del autor¹³) de la existencia en algún momento de un estado de naturaleza que de una u otra manera, con o sin ninguna convención entre los individuos, hace que estos actúen por sus necesidades y temores y es precisamente la debilidad e imperfección de los hombres lo que mantiene unida a la humanidad. De hecho, el acto mismo de asociación conjunta implica que el todo tendría que proteger a todas sus partes y cada parte obedecer a la voluntad del todo.

Bentham infiere una confusión en el autor entre términos tales como *sociedad*, *estado de naturaleza* y *contrato original*, al punto que da a entender *sociedad* como locución sinónima de *estado de naturaleza* y opuesta a *gobierno* para después referirse a la *sociedad* como sinónima de *gobierno*. La sociedad natural y la sociedad política, que surgen del hábito de un número de personas o agrupación de obedecer a una persona, se diferencian en este hábito de obediencia que, entre más perfecto, aleja más el estado de naturaleza del de la sociedad política. Este tipo de nociones hacen ver la oscuridad de lo analizado de la obra de Blackstone. Lo cierto es que el contrato original es una ficción consistente en “un compromiso imaginario, tan libre como distantemente acuñado por quienes lo han imaginado, sea capaz de cualquier decidida significación” (pág. 87).

El compromiso sugiere una promesa de gobernar en sumisión a la ley, “al servicio de la felicidad de su pueblo: y que, gracias a esta, sea la letra de la ley la que forme el tenor de la norma” (pág. 88). Esta manera de entender la letra de la ley es muy sugestiva porque la misma garantiza su aplicación al servicio de la felicidad del pueblo. No la lectura de un texto que usualmente resulta como una

12 La locución “gobierno” no debe entenderse necesariamente como sinónimo de poder ejecutivo o parte de la tridivisión del poder público. El término “gobierno”, como se usa en el libro de Bentham y en la obra glosada, puede tener alcance de guiar y dirigir, regirse según una norma o idea, pero también “gobierno” puede ser: absoluto, parlamentario, representativo, etc. Ver Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Madrid. Espasa-Calpe. 2001. Tomo I. págs. 1141 y 1142. Blackstone hablando de las formas de gobierno clásicas menciona Monarquía, Aristocracia y Democracia.

13 Autor: siempre se refiere en este caso a BLACKSTONE.

respuesta legislativa a unas circunstancias con un espacio-tiempo determinados y que cuando pasado el tiempo se va a aplicar, siguiendo lo que dice su letra o su tenor, muchas veces deviene en una solución no buscada, no justa (contraria a la “felicidad”), debido a lo inadecuada que resulta la interpretación.

Ahora,

Verdad es que el gobierno en oposición a la ley es una manera de gobernar en oposición a la felicidad del pueblo: el resultado natural de semejante desprecio hacia la ley es que, si, en efecto, no la destruye, la amenaza con la destrucción de todos aquellos derechos y privilegios que se fundan en ella: derechos y privilegios de cuyo disfrute depende esa felicidad. (pág. 89)

Por ello insiste Cahn-Speyer Wells en la necesidad de que la ley le informe al contribuyente con seguridad, precisión y sin ambigüedad, que las situaciones consolidadas¹⁴ bajo la ley anterior —cuando hay cambio de norma—, le serán respetadas. “De lo contrario, la responsabilidad se traslada, inapropiadamente, al contribuyente y, en últimas, también inapropiadamente, a la administración de justicia, con todos los perjuicios que de ello resulten.”¹⁵

El contrato originario es ficto y muchas veces el gobierno actúa en oposición a la felicidad del pueblo —lo que se logra con una ley en oposición a dicha felicidad—. Ello hace que un rey pueda dañar la felicidad del pueblo sin violar la letra de la ley en particular. Incluso a veces la felicidad del pueblo se puede promover actuando en oposición de la ley, y también debe entenderse que la violación de la ley no es una ruptura de dicho contrato. En este punto Bentham recurre nuevamente al *principio de utilidad* como aquel que en sí mismo y de manera suficiente se constituye en “la única y suficiente razón completa en toda cuestión de práctica, sea la que sea”¹⁶.

6. Bentham retoma de la obra de Blackstone las siguientes ideas particulares que expresa en su capítulo “Formas de gobierno”:

14 Independientemente de la discusión acerca del alcance de este concepto de “situación consolidada”, indica CAHN-SPEYER WELLS.

15 CAHN-SPEYER WELLS, Paul. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo de 5 de abril de 2020.

16 Como dice BOCARDO CRESPO en su estudio preliminar “teniendo en cuenta que las virtudes artificiales se justificaban en el interés público y que solo después concurría con el interés del sentimiento de moralidad es fácil constatar que Bentham concluyera que la utilidad era la que en último extremo justificara la obligación de cumplir promesas...”. BOCARDO CRESPO, Enrique. Estudio preliminar, traducción y notas de ...op. cit. LXXVI

1. De las diferentes formas de gobierno hay una división desde la época antigua que se adopta y que son tres: monarquía, aristocracia y democracia¹⁷.
2. El poder soberano es el poder de hacer las leyes.
3. Cada una de las formas de gobierno mencionadas ofrece ventajas y desventajas.
4. Estas formas de gobierno son las que existieron desde siempre y se aceptaron.
5. La forma británica de gobierno es diferente de todas las demás porque es una combinación de todas, por lo que posee de todas sus ventajas.
6. Esas ventajas no se podrían poseer si en lugar de ser lo que es la forma británica fuera una de las otras.

Dentro de esta estructura, el poder soberano, dice Blackstone, es el poder de hacer la ley y donde resida ese poder “todos los demás deben conformarse y ser dirigidos por él, cualquiera que sea la apariencia de la forma exterior y de la administración del gobierno que pueda adoptar” (pág. 111). Ahora, de las tres formas de gobierno, cualquiera puede ser buena, pues todas tienen sus cualidades. De manera que, si hubiera alguna disputa sobre la preferencia de cualquiera de estas formas de gobierno “el método adecuado para resolverla, a juzgar por la opinión de ellas, es de cara o cruz”. Empero, como la forma de gobierno inglesa ha sido creada de las otras tres, poseerá las ventajas de las demás puestas juntas y las “desventajas se desvanecen ante la voz de una orden, o incluso sin ella, al no ser adecuadas para el propósito” (pág. 112).

Así las cosas, para Bentham el recuento de Blackstone y su opinión sobre la Constitución británica no es más que una forma de loar, cumplimentar o adular al

17 La “Monarquía es aquella forma de gobierno en la que el poder de hacer las leyes está depositado en las manos de un solo miembro del estado en cuestión. La Aristocracia es aquella forma de gobierno en la que el poder de hacer leyes está depositado en manos de varios miembros. Democracia es aquella forma de gobierno en la que el poder de hacer leyes está depositado en manos de “todos” ellos juntos”. (pág. 110). Cualquier otra forma de gobierno, para los escritores políticos de la antigüedad y que retoma Blackstone, o son corrupciones o no se puede reducir a estos tres. BOCARD CRESPO recuerda que esta concepción tiene sus raíces en la filosofía de Platón que continúa Aristóteles y que expone Polibio en el libro sexto de las Historias. “Cuando la Monarquía degenera da lugar a la tiranía, cuando se corrompe la aristocracia surge la oligarquía; y finalmente de la corrupción de la democracia sobreviene el gobierno de la multitud”. (BOCARD CRESPO, Enrique. op. cit. Anotación 18. Pág. 268). Al igual que Polibio explicó la perfección de la constitución de Roma apelando al equilibrio que se producía manteniendo las tres formas puras de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia. De acuerdo con Blackstone, la constitución británica era para su época un modelo de perfección en razón al equilibrio de poder de las tres formas puras de gobierno: la Monarquía o Realeza, la Cámara de los Lores que correspondería a la forma Aristocrática y la Cámara de los Comunes que sería la Democrática. (op. cit. pág. 268)

poder existente¹⁸. De las ideas así expuestas por el autor, sin mayor espíritu crítico, se vale Bentham para formular sus opiniones resaltando la amplia diferencia que puede existir entre leer y reflexionar. Recuerda que se encuentran otros resonantes nombres de formas de gobierno tales como tiranía, oligarquía, o el proveniente del gobierno de la multitud (ojloracia (sic)¹⁹).

Igualmente Bentham discute la validez de las propuestas sin discusión de Blackstone, “como si nos dijera que una cosa es así, porque es así...” (pág. 146). Lo cierto es que no hay una sumisión sin reserva y, en todo caso, no se trata de un entimema en el que “el poder de hacer las leyes constituye la suprema autoridad” (antecedente) de manera que donde quiera que resida la autoridad suprema esa autoridad tiene derecho a hacer sus leyes (consecuente).²⁰

7. Existen dos fuerzas antagónicas muy celosas de sí mismas como lo son la libertad y el gobierno. No está demostrada la existencia de una sociedad natural y que ella haya dado su paso a una sociedad civil. Contrario a la existencia de una ley divina, existe más bien una tendencia natural en virtud de la cual el hombre se levanta en armas contra cualquier ley que no le guste, lo que por supuesto no puede ser consentido por alguna clase de gobierno. Será el *principio de utilidad* lo que guíe a un hombre en sus decisiones, con lo que incluso se estará “algo más cerca de una unión efectiva que cuando están en desacuerdo tanto respecto a la teoría como en la práctica”. De hecho, es permisible cuando no obligatorio que:

Todo hombre tanto por lo que resulta por el deber como por el interés, que tome medidas de resistencia; cuando, de acuerdo con los mejores cálculos que él sea capaz de realizar, los daños probables de resistencia (hablando con respecto a la comunidad en general) les parezcan menores a él que los probables daños de la sumisión. Esto es para él, como para cualquier otro hombre en particular, la oportunidad para la resistencia (pág.161).

Para Bentham puede ser signo particular de esta resistencia la propia convicción interna en la balanza entre la utilidad, de un lado y la resistencia, en el otro.

18 Indica PLAZAS VEGA sobre el particular que “*El enfrentamiento de BENTHAM con BLACKSTONE, en lo que al derecho concierne, giró justamente en torno a la enorme inseguridad jurídica que entraña la apelación a los jueces como señores del derecho. Lo que hace el ilustre utilitarista inglés en su obra es precisamente cuestionar el inconsulto y desmedido elogio, a su parecer interesado, que hace BLACKSTONE, en sus comentarios sobre el derecho de los jueces, y poner de manifiesto lo mucho que tiene de ilusorio y falaz.*” PLAZAS VEGA, Mauricio. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo de 5 de abril de 2020.

19 El término correcto es “oclocracia” o gobierno de la muchedumbre que equivale a una de las formas de degeneración de la democracia.

20 Recuerda Bocardo que el entimema es un silogismo que consta de dos premisas al sobre entenderse la que falta, la primera se llama antecedente y la segunda consecuente (BOCARD. op cit pág. 269 n 25)

La masa del poder, que tomada junta es suprema, es, en un estado libre, distribuida, en varios rangos de personas que la comparten; - es la fuente de donde se derivan sucesivamente todas sus prerrogativas; - en los frecuentes y fáciles cambios de condición entre gobernadores y gobernados; - en donde los intereses de una clase son más o menos mezclados indistintamente con los de la otra; - en la responsabilidad de los gobernadores; - o en el derecho que un súbdito tiene de poseer las razones públicamente asignadas y propuestas de cualquier acto de poder que se ejerza sobre él; - en la libertad de prensa; - o en la seguridad con la que todo hombre, ya sea de una clase o de otra, pueda hacer conocidas sus quejas y reproches a toda la comunidad; - de la libertad de asociación pública; - o en la seguridad con la que los descontentos puedan comunicar sus sentimientos, concertar sus planes, y practicar cualquier modo de oposición cercano a una rebelión efectiva, antes de que el poder ejecutivo pueda estar jurídicamente justificado a perturbarlos. (Pág. 163)²¹.

8. Para que una norma sea válida debe pasar por el *principio de utilidad*, límite natural al poder supremo. Si los debates se condujeran bajo los auspicios de este principio, una de las dos cosas ocurriría: o bien los hombres llegarían a un acuerdo sobre esa posibilidad, o bien verían a la larga después de una debida discusión sobre las razones reales de la disputa, que no habría de esperar acuerdo alguno. En cualquier caso, ven clara y explícitamente el punto sobre el que se vuelve el desacuerdo y la parte descontenta toma su resolución de resistir o someterse a razones justas, “de acuerdo, en suma, con que los daños de la sumisión les pareciera tener una menor o una mayor proporción ante los daños de la resistencia”. Pero la puerta de la reconciliación estará mucho más abierta pues se ve que no se trata de un asunto de pasión sino de una diferencia de juicio y de ahí la sincera razón de la disputa. (pág. 174-175).

La consecuencia de que una ley sea inválida debe ser que el pueblo se comporte como si tal ley no hubiera existido de manera que si cualquier persona en virtud del mandato de la ley (inválida),

hiciera algo en contra de otra persona, que, sin tal ley sería punible al cometerlo, aún sería punible; a saber: por el nombramiento del poder judicial. Supongamos que la ley sea, por ejemplo, una ley que imponga un impuesto: un hombre que fuera a recaudar el impuesto por la fuerza sería punible por

21 Este párrafo escrito hace cerca de dos siglos y medio puede perfectamente aplicarse en la actualidad a sociedades como la nuestra, muchas otras del continente latinoamericano como Chile o México o como la sociedad francesa en el entorno europeo, proclives a las manifestaciones públicas reaccionando ante la situación que se atraviesa (hoy disminuida o disimulada por efectos del COVID-19).

delincuente: si ocurriera que fuese asesinado en el intento, la persona que lo asesine no sería punible por asesinato: si llegara él a matar, él mismo sería, quizá, punible por asesinato. ¿A qué cargos pertenecen quienes actúan en virtud de que tal castigo fuera infringido? Al de los jueces. Aplicado a la práctica, pues, el efecto de este lenguaje es, por la apelación hecha a los jueces, el de conferir sobre aquellos magistrados un poder que controle los actos del legislativo (pág. 167).

Y puede pasar que el remedio sea peor que la enfermedad si se les da a los jueces el poder de anular los actos del legislador y se les transfiere una porción del poder supremo de una asamblea en la que el pueblo tiene alguna participación, por lo menos en cuanto a su elección. Aquí se estaría dando un poder a hombres nombrados usualmente por la corona cuya influencia puede ser el mismo peligro que se intenta remediar. “El poder de rechazar una ley incluso por razones dadas es un gran poder: demasiado grande, en efecto, para los jueces: pero muy diferente todavía de y muy inferior al de hacerla”. (pág. 168-169)²²

Es claro entonces, como se viene diciendo, la primacía que Bentham otorga a la ley sobre el poder de los jueces y sus fallos, aun cuando recuerda que nada de lo reglado puede ser una insuperable barrera para que las partes afectadas no la puedan reformar: “Que no permita Dios que cualquier enfermedad en la constitución de un estado no tuviera su remedio”. (pág. 172)

9. En el capítulo titulado “Deber del poder supremo de hacer las leyes”, Blackstone afirma que se trata también de un deber, deber que tiene que ver, no tanto con la elaboración efectiva de las leyes, como con adoptar las propias medidas de extender al exterior el conocimiento de cualquiera de las leyes que ocurran que se hubieran de hacer: un deber que (por adoptar algunas de las palabras de nuestro autor) se ocupa, no tanto en proclamar “direcciones”, como en proporcionar aquellas que, cuando se proclamen, serán “recibidas” (pág. 181-182).

Y más adelante Bentham agrega que “la proposición de que es el deber del legislativo extender al exterior, tanto como sea posible, el conocimiento de su voluntad entre el pueblo es una proposición que estoy dispuesto sin la menor reserva a admitir...”.²³ El Estado debe establecer “normas generales para la infor-

22 Es completamente claro en un sistema como el colombiano, tal como lo dice la Constitución, que es al Congreso de la República, como rama legislativa, a quien compete hacer las leyes. La rama judicial, compuesta por los jueces que pertenecen a sus diferentes órganos, desarrollará las funciones de interpretar las leyes, juzgar y administrar justicia, funciones con las que verificará que todos (incluso las otras ramas del poder) cumplan con la Constitución y la ley.

23 La publicidad de las leyes es un principio de derecho común a todos los ordenamientos jurídicos que tiene manifestaciones expresas e incluso en acuerdos de carácter multilateral tales como la OMC que lo hace suyo al hacer parte el GATT de 1947 del GATT de 1994 y lo reitera nuevamente en el Acuerdo de

mación permanente y la dirección de todas las personas en todos los aspectos, ya sea un deber positivo o negativo” (pág. 189). “El propósito de extender el conocimiento de la leyes se le contempla cuando menos con una muestra de aprobación” (pág. 190).

10. A manera de conclusión.

Bentham formula grandes reservas sobre el sistema de los precedentes, ensalzando por Blackstone con un lenguaje pleno de ditirambos, elogios exagerados y palabras aparentemente elocuentes pero vanas, vacías²⁴. “El *Common Law*, blanco de la crítica de Bentham desde “*Un Fragmento sobre el Gobierno*”, deja en cabeza de los jueces, según su discurso, definiciones actuales sobre hechos pasados y sin la mediación de leyes preexistentes, con lo cual auspicia el efecto perverso de la retroactividad. De ahí que propusiera un gran cuerpo legislativo positivo, el *Pannomion* en pos de la seguridad jurídica²⁵. Si en un sistema de *derecho judicial* como el inglés comentado por Blackstone, un jurista de la categoría de Jeremy Bentham, desde sus primeros atisbos como gran pensador (*Un fragmento sobre el Gobierno*) hasta sus obras de madurez (*An introduction... , el Tratado sobre... o su célebre Constitucional Code*), fue particularmente crítico del señorío judicial y propuso un gran cuerpo legislado de derecho positivo con las más exigentes reglas y parámetros para su claridad y precisión, sería de esperar que, en un sistema de derecho fundamentalmente legislado como el colombiano, y de modo especial en la rama del derecho tributario, el espacio para la creatividad de los jueces fuera mínimo. De no ser así, si hay vacíos por la oscuridad de los textos o por la ausencia de normas de transición, y esos vacíos tiene que cubrirlos el juez, resultará fallando, indefectiblemente, con efectos retroactivos en todos aquellos aspectos que la ley no contempló y él tuvo que llenar para el caso.”²⁶

La ley debe ser muy clara para que todo el mundo la pueda entender sin necesidad de recurrir a técnicos en la materia. Esto sí que sería importante en materia tributaria. Además, la ley debe ser transparente, pública para que sea conocida por todos y su espíritu debe coincidir con la felicidad o el bien general. En Colombia se observa que muchas veces el legislativo no legisla y cuando lo

Facilitación del Comercio (Artículo 1), el último acuerdo suscrito en el ámbito de la OMC. En el derecho colombiano además son muchas las normas que se refieren al tema de la publicidad y entre ellas por citar algunas: las leyes: 4 de 1913 Artículos 52 y 53; 1437 de 2011 Artículo 65; 1609 de 2013 Artículo 2, etc.

24 PLAZAS VEGA, Mauricio. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo de 5 de abril de 2020.

25 PLAZAS VEGA, Mauricio. Op. Cit.

26 PLAZAS VEGA, Mauricio. Op. Cit.

hace pareciera no conocer el objetivo de ser lo más claro posible, por lo menos en materia tributaria: de hecho, cuando legisla o, mejor, cuando expide formalmente una ley, como las leyes 1943 de 2018 o 2010 de 2019, básicamente le ha otorgado una forma legal a unos proyectos de ley presentados por el gobierno que el Congreso poco ha conocido y debatido. En este entorno, la ley termina siendo objeto de varios tipos de interpretación y de muchos vacíos y desafortunadamente tiene que ser el juez el que, en muchos de los casos, debe entrar a llenar con su interpretación estos vacíos²⁷. Ahora, y como ya se puso de presente, esas interpretaciones que crean derecho ante la falta de ley tienen como regla general un efecto retroactivo, pues se pronuncian después de los hechos específicos que están juzgando, creando o permitiendo la presencia de efectos perversos, en contra de la seguridad jurídica.

Bibliografía

- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 8.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de legislación civil y penal*, traducción de RAMÓN DE SALAS Y CORTÉS basada en la versión francesa de Esteban Dumont, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 116.
- BENTHAM, Jeremy. *Un fragmento sobre el gobierno*. Apéndice I, “prefacio previsto para la segunda edición”. Madrid. Tecnos. 2003. p. 195 y ss.
- BENTHAM, Jeremy. “Un Fragmento sobre gobierno”. Madrid. Tecnos 2 ed. 2010. p.p. 30-32.
- BOCARD CRESPO, Enrique. *Estudio preliminar, traducción y notas de la obra Jeremy Bentham: Un fragmento sobre el gobierno*. En : BENTHAM, Jeremy. “Un Fragmento sobre gobierno”. Madrid. Tecnos 2 ed. 2010, p. XXXIX.
- BOCARD CRESPO, Enrique. *Traducción y notas al libro de Jeremy BENTHAM, “Un fragmento sobre gobierno”*, edición preliminar, En: BENTHAM, Jeremy. “Un fragmento sobre el gobierno”. Madrid. Tecnos. 2 ed., 2010. p. 271.
- CAHN-SPEYER WELLS, Paul. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo electrónico. Domingo 5 de abril de 2020.
- GARCÍA NOVOA, César. *‘El Derecho Tributario actual. Innovaciones y desafíos.’* Bogotá, ICDT, ‘serie de monografías tributarias’. 2ed. 2018, ISBN 978-958-59762-8-3.
- GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.21 y ss.
- PLAZAS VEGA, Mauricio. Comentarios sobre mi reseña inicial a la obra de Jeremy Bentham, “Un fragmento sobre el Gobierno”. Correo electrónico. Domingo 5 de abril de 2020.

27 Desde luego no se niega esta función y modo de integrar el derecho. Lo que se afirma es que en materia tributaria sustancial la misma debe ser mínima.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Madrid. Espasa-Calpe. 2001. Tomo I.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-076 de 2012. MP Humberto Antonio Sierra Porto: febrero 15 de 2012.