



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448

revistaiusta@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

SÁCHICA, LUIS CARLOS  
REDEFINIR LO JURÍDICO COMPRENDER EL NUEVO DERECHO  
Revista IUSTA, vol. 1, núm. 26, enero-junio, 2007, pp. 13-42  
Universidad Santo Tomás  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358684001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# REDEFINIR LO JURÍDICO COMPRENDER EL NUEVO DERECHO

---

LUIS CARLOS SÁCHICA

Fecha de Entrega: 26 de junio de 2007

Fecha de aprobación: 29 de junio de 2007

## Resumen

En las últimas décadas se han evidenciado importantes transformaciones del derecho. Algunos juristas y académicos denominan estos cambios como el Nuevo Derecho (ND), el presente texto analiza las implicaciones que ocurren en el ordenamiento jurídico, la administración de justicia y los operadores jurídicos con la implementación del nuevo derecho.

## Palabras clave

Derecho alternativo, seguridad jurídica, jueces, abogados.

---

## Abstract

During the past decades, important legal transformations, which some jurists and academics have called “the new law”, have taken place. The present text analyses the implications which the implementation of this “new law” is having on the legal system, the administration of justice and the juridical players.

## Key words

Alternative justice, juridical security, judges, lawyers.

### 1. ¿QUÉ LE ESTÁ PASANDO AL DERECHO?

Es alarmante para cualquier abogado de este tiempo la ruptura de los grandes principios de nuestra tradición jurídica. Al punto de que no hay duda de que estamos en presencia de un verdadero cambio en la conceptualización dentro de la cual operábamos el orden jurídico.

Para poner algunos ejemplos impresionantes, casi escandalosos, veamos estos casos:

- a. ¿Cómo no sorprenderse de que la irretroactividad de la ley, con la cual nadie se había atrevido hasta ahora, haya sido rota y hoy los jueces dicten sentencias que tienen efecto hacia atrás, desconociendo el sacrosanto refugio de los derechos adquiridos, dándole efectos anulatorios al fallo?
- b. ¿Y cómo no sentir igual inquietud cuando los jueces le dan efecto ultractivo a normas declaradas inconstitucionales, que siguen vigentes mientras el legislador produce, dentro del término del que se señale la correspondiente rectificación?

Un abogado viejo obviamente enciende las luces rojas y declara que ya no habrá más seguridad jurídica y que los titulares de situaciones jurídicas que se consideraban consolidadas has-

ta la eternidad deben temblar por sus derechos y sus libertades.

- c. Peor, si cabe, el caso en el cual, otra vez jugando con los efectos de la ley en el tiempo, se ignora la prescripción extintiva de derechos y la caducidad de acciones para revivirlos como por arte de magia y replantear problemas jurídicos que dejan en vilo situaciones que se creían inmovibles. Esto aterra a los abogados de la vieja escuela, pues, otra vez, hay que reclamar contra ese tipo de decisiones en nombre de la seguridad jurídica que, se supone, es el objeto que tiene el derecho, como instrumento de mediación en las relaciones interpersonales cuando surgen controversias que afecten derechos y obligaciones cuya validez y eficacia están asentados en el transcurso del tiempo.
- d. Igualmente, le pone los pelos de punta a cualquier estudiante de derecho a quien se le ha enseñado que la cosa juzgada tiene carácter definitivo, ya que pone fin a cualquier conflicto y no es susceptible de recursos ni acciones que la modifiquen, al ver que los nuevos jueces no tienen empacho en admitir que, cuando en las sentencias respectivas se advierta alguna actuación que tenga visos de “vías de hecho”, pueden modificarla produciendo una

decisión correcta que respete cabalmente la legalidad.

Conceptos como los anteriores formaban parte de la cultura jurídica que dominó el mundo jurídico por milenios y su transformación viene a constituir una especie de cataclismo que obliga a replantear casi toda la temática que configura “lo jurídico”, formulando nuevos principios que justifiquen y den sentido y eficacia a los nuevos rumbos que esta tomando el régimen jurídico en transición.

- e. Lo anterior no agota el repertorio de la revolución envuelta en la alternativa que propone “el nuevo derecho”, ya que hay otras áreas jurídicas en las cuales se están produciendo modificaciones de la misma profundidad. Piénsese, y esta es una cuestión de gran actualidad en nuestro país, que se han recortado, por influencia del derecho internacional humanitario, del derecho de los derechos humanos y del derecho penal internacional, las posibilidades de conceder amnistías e indultos por delitos políticos, en razón a que en los tratados públicos y en el espíritu que reina en este campo después de las dos guerras mundiales del siglo XX y del amenazante terrorismo del presente, el otorgamiento de perdón y olvido por delitos atroces o de lesa humanidad, no pueden ser considerados delitos políticos susceptibles del tratamiento benévolo que antes tenían, con el engañoso pretexto de que el delincuente político actúa por móviles altruistas.
- f. Esto no basta. Piénsese en el absurdo, según el cual ha sido necesario reconocer el derecho para acudir ante los jueces a solicitarles que ordenen dar aplicación a una ley que los encargados de su operación se resisten a poner en acto, cualquiera sea la razón de esa actitud remisa. Parecería que el derecho no cree en sí mismo o que descrea de la justicia y bondad

de la ley, apelando a un recurso que resulta paradójico y casi cínico: la acción de cumplimiento.

- g. O, para abundar en los casos sorprendentes del giro que esta dando el derecho, recordar que en fechas recientes se dictó una ley en la que el propio legislador restaba efectos a las leyes que incidieran en contratos de inversión extranjera, para darles tal solidez y confianza a los inversores al punto de que se comprometía la soberanía misma del Estado en una flagrante contradicción que tiene algo de ridículo.

Y, así, podríamos seguir enumerando actuaciones de los poderes del Estado que se llevan de calle sólidas rutinas y prejuicios que, a pesar de ser tales, le daban estabilidad al orden jurídico y seguridad a los gobernados.

Los nuevos vientos, lo que está de moda en el ámbito académico y en los centros de decisión política, nos han dejado a la intemperie y tenemos que reconstruir un sistema confiable o construir ese “nuevo derecho” de que tanto se enorgullecen los nuevos juristas, a partir de su capacidad para producir seguridad.

### 1.1 ¿Cuál es la propuesta del nuevo derecho?

Comprender “el nuevo derecho”, exige una redefinición de lo jurídico, para saber qué es “lo nuevo del nuevo derecho”. Esto, para que se entienda que esa corriente de pensamiento y de praxis no se reduce a replantear la cuestión atinente tan solo a las fuentes del derecho, reevaluando la importancia y exclusividad que ha venido teniendo la ley desde siempre, en provecho -y esto es parte de lo nuevo- del precedente judicial, el activismo de los jueces y, lo que algunos designan impropriamente “el derecho de los jueces”.

Es necesario, entonces, acotar otra vez el ámbito del derecho propiamente dicho, del derecho “strictu sensu”, del derecho descargado de su tara política y despojado del absolutismo o maximalismo que ha ganado en el Estado de Derecho.

Este asunto es viejo. Viene de los griegos. Ya Platón hace XXV siglos, anotaba la insuficiencia de la ley para captar íntegramente la realidad que pretende someter a sus preceptos y apuntaba que las leyes no pueden suplir al rey-filósofo, que es el único que tendría la capacidad de decir a cada uno qué es lo que le corresponde hacer, qué es lo justo, o como se dice hoy “lo jurídicamente correcto”.

Así las cosas, se trata de redefinir el derecho en ejercicio, no en el mundo de las normas abstractas, sino en el corazón de la vida diaria, como interés inmediato y esencial que a todos involucra y compromete sin remedio.

Importa, pues, el derecho como realidad, como parte de la realidad, como hacer y quehacer, visto ahora desde otra óptica y, seguramente, en trance de cambiar a fondo su contenido, sus procedimientos, sus horizontes. Movimiento apenas lógico en tiempos de globalización, al entrar en el siglo XXI y estar sujetos al impredecible desarrollo científico y la oscura amenaza terrorista, que son los retos mayores del orden jurídico en estos tiempos.

Los planteamientos del “nuevo derecho” enriquecen el debate que sigue desarrollándose entre el régimen tradicional y la propuesta de un derecho que es otra cosa que el practicado hasta nuestros días.

Si uno quisiera dar una idea aproximada de lo que está sucediendo podría decir que se intenta invertir el punto de vista anteriormente vigente.

En efecto, antes, se partía de que la ley era la fuente única e insustituible que contenía las reglas para decidir los problemas jurídicos. Por ser expresión de la voluntad general o del pueblo soberano, como

se quiera decir, su carácter es imperativo e ineludible. Los operadores de la ley no la interpretan. Debe limitarse a su aplicación fiel, dentro de un ordenamiento jurídico que se supone completo y carente de vacíos, pues los vacíos normativos se llenan apelando a la analogía y a los principios generales de derecho. Ahora, en cambio la cuestión es inversa: Se parte de los hechos, de la realidad material, no de la norma, y de ellos se deduce una manera concreta de solucionar la controversia, empleando criterios de racionalidad y equidad, dejando a la norma legal como una simple referencia orientadora de las decisiones que deben adoptar los operadores.

Esto no es todo. Además, el operador puede interpretar la ley dándole un sentido que mejor exprese la justicia material y, de contera, ese modo de resolver los problemas jurídicos se convierte en un precedente que debe ser seguido por los demás operadores de las normas jurídicas, y que, a la larga, por su reiteración, cobra fuerza de precedente obligatorio, constituyéndose así en una nueva fuente de derecho equiparable a la ley de la cual es una alternativa.

Con la consecuencia de que la ley puede tener muchas y cambiantes interpretaciones, siendo distinta de un día a otro, de un operador al siguiente, de modo que ese “nuevo derecho” es flexible y está en permanente actualización, en busca de un orden justo, que es el romántico ideal que impulsa a esta corriente de pensamiento jurídico.

Los jueces “modulan” sus sentencias. Vale decir, que expurgan con decisión autoritaria las interpretaciones de las normas que juzgan, eliminando las que consideran inválidas, inconstitucionales, para admitir sólo las suyas.

A grandes trazos esto es lo que esta pasando en el campo jurídico. Nada menos. Porque lo que resulta de esa transformación es que el derecho es algo mas que la ley y que la ley no es otra cosa que una

guía que nos permite aproximarnos a la justicia, de la misma manera y con igual y relativa eficacia que la jurisprudencia que se va creando en el llamado derecho de los jueces.

## 1.2 LOS EFECTOS DEL CAMBIO

Es notoria la desestructuración del orden jurídico quebrando la jerarquía que la doctrina había establecido entre los distintos niveles de normatividad, de acuerdo con la teoría de “los grados del derecho” de Hans Kelsen. Esta jerarquización apuntaba a establecer un sistema de autocontrol interno del ordenamiento jurídico, siguiendo la idea de que cada norma sólo era válida en cuanto estuviera de conformidad con el contenido y los alcances de la norma de grado superior. Se configuraba así lo que en el ambiente jurídico se denominaba “la pirámide de la normatividad jurídica”, como si el orden jurídico estuviera constituido por una escalera o gradación de normas jurídicas que iba desde la de carácter subjetivo o particular, la llamada situación jurídica concreta, hasta la norma fundamental, la Constitución, cuyas reglas regían todo el orden jurídico, pleno y cerrado, apoyándose a su vez en la que Kelsen calificó de “norma hipotética fundamental”, que no era otra cosa que la obligatoriedad de la regla jurídica en sí misma, “a priori”.

Pues bien: esta construcción lógica que imperó hasta años recientes y permitió crear rutinas judiciales y administrativas que facilitaban la operación jurídica y su control eficaz, ha sido desmontada por la nueva concepción -el nuevo derecho-, pues, hoy cualquier problema o cuestión jurídica, independientemente del nivel normativo en que sea planteada, permite y a veces exige reconducirla, en último término, al nivel constitucional, ya que la constitución ha sido declarada una norma jurídica de aplicación directa, pudiendo, por tanto, sus operadores llevar toda cuestión que deban resolver al texto constitucional.

De este modo, la cuestión de la validez de cualquier norma jurídica no solo se discute en el pla-

no de la gradación que le corresponde en el contexto del orden jurídico, sino que puede ser llevada al nivel constitucional. En un sistema así, desestructurado tanto da que se trate de un problema de legalidad como de uno de constitucionalidad y la primera de esas cuestiones ha perdido, desde luego, fuerza e importancia.

Para el nuevo derecho, entonces, la gradación entre las normas jurídicas es un asunto formal, secundario, puesto que le importa más la eficacia y funcionalidad de las normas jurídicas que el soporte de su validez.

Igual impacto reformador tiene la extensión que se ha dado a lo jurídico. Mientras, antes, de acuerdo también con una teoría de que es padre el mismo Kelsen, ya casi nadie sostiene hoy el principio de la pureza del derecho. Ahora, aparece fuertemente contaminado por elementos que proceden de sus fronteras académicas y enfoques sociológicos, económicos, políticos, morales, éticos, y aún religiosos, se intercalan en lo jurídico, en una franca indisciplina científica y en un desfase metodológico que ha convertido el derecho en una especie de ordenamiento universal de la conducta social y personal del hombre, arrasando el esfuerzo de la cultura política por establecer sus diferencias con aquellas otras dimensiones humanas, con la preocupación de que el derecho no se convierta paradójicamente en un instrumento de arbitrariedad e inseguridad en las relaciones humanas.

Esta tendencia deriva indudablemente de la politización del derecho que, de una parte, aspira a regularlo todo mediante la ley y las regulaciones administrativas y, de otra, a “judicializar” cualquier problema que surge en las actividades sociales, cualquiera que sea su naturaleza, lo que termina siendo una inconveniente e injustificada interferencia en el funcionamiento normal del orden jurídico, librado como debe estar tan solo a sus propios medios técnicos.

Esta, como la indicada en el punto anterior, produce una evidente deformación o informalidad en lo jurídico, que a la larga afecta la confianza y credibilidad que se debe tener en el orden jurídico, poniendo en duda su validez, sacrificada a la oportunidad y conveniencia política.

### 1.3 Los operadores jurídicos

No menor es el cambio que en la operación del derecho esta produciendo la presencia de nuevos y muy activos operadores jurídicos, dentro y al margen de la autoridad institucionalizada.

El activismo de las organizaciones no gubernamentales (ONG), en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos, ha hecho que las normas constitucionales y legales adquieran una gran fuerza y que se presione su aplicación eficaz y oportuna desde esas organizaciones, acción de evidente sentido político que esta impregnando ese campo de la jurisprudencia. Es ahí en donde se exige justicia, pronta y directa, al juez que debe responder con alta sensibilidad social y política a las demandas de los que lideran a la sociedad civil representada por aquellas organizaciones, escenario novedoso e inquietante que incide directamente en los objetivos, contenido y alcances que deben darse a las normas que han hecho de los derechos humanos el núcleo del orden constitucional garantista.

Pero también es notable el activismo de sujetos particulares que utilizan con frecuencia e intensidad, antes desconocidas, las acciones de control sobre las actuaciones de las autoridades públicas. Las acciones de tutela de derechos subjetivos son cosa de todos los días, empleadas de manera muy amplia para cualquier tipo de reclamación que afecte intereses privados. En el mismo sentido, muerden las acciones populares que defienden intereses colectivos, las acciones de cumplimiento de las leyes y actos administrativos no puestos en acción por las autoridades, y todos los recursos que obligan a que los organismos de control político,

disciplinario y fiscal puestos a disposición de los particulares para que el orden jurídico no sea letra muerta.

### 1.4 Un problema político

Estas son algunas de las manifestaciones más notorias de los cambios que están ocurriendo en el orden jurídico. Pero el asunto de mayor interés académico y político es el surgimiento de los jueces como un nuevo poder, un verdadero y efectivo poder político, emparejado con el legislativo y el ejecutivo, a los cuales subordina mediante la anulación de las leyes y de los decretos de uno y otro, replanteando un nuevo equilibrio entre las tres ramas del poder. Poder que se expresa en el atributo judicial de interpretar la ley con autonomía y espíritu de justicia real, no formalista.

Y es que los jueces ya no son, como anteriormente, una autoridad más. Representan, por el contrario, la autoridad que garantiza la libertad y los derechos de las personas frente a las arbitrariedades u omisiones de los legisladores y gobernantes, mediante decisiones judiciales audaces que neutralizan, moderan e inclusive suplen y cambian las decisiones de aquellos. De simple autoridad, los jueces pasaron a ser poder político entroncado directamente con el poder constituyente, de cuya voluntad se han declarado continuadores, lo que da superioridad y prevalencia a sus decisiones.

Giro institucional que pone en jaque el principio de la igualdad de poderes en el esquema tradicional de la división del poder, mediante un ejercicio incondicionado de la competencia interpretativa de la Constitución que pertenece a los jueces.

Visión que nos obliga a concluir en que está esfumándose la tajante distinción que se había hecho entre ser y deber ser, en razón de que la decisión política contenida en las normas consti-

tucionales ya no requiere el necesario desarrollo de sus efectos en las disposiciones legislativas, como hasta ahora, si no que también la decisión judicial produce efectos jurídicos y políticos tan importantes como los de la ley, a la cual desplazó y opacó, como fuente exclusiva de lo jurídico.

## 2. LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL NUEVO DERECHO

Para exponer estos principios, que es de donde parte la originalidad o novedad que se autoatribuye el nuevo derecho, seguiremos el listado propuesto por el autor de *El derecho de los jueces*, profesor Diego Eduardo López Medina, ilustrativo de este tema.

### 2.1 Moral y derecho

Siguiendo la corriente aperturista que constituye el impulso del ND, en contravía de lo sostenido por la escuela tradicional del derecho puro, se renuncia a esa pureza metódica y se incorporan en lo jurídico consideraciones y evaluaciones de carácter moral, extrañas a lo jurídico propiamente dicho.

Moral y derecho se sabe, son conexos. Ambos tienen por objeto la regulación de la conducta de las personas, pero sus reglas, aunque algunas veces coincidan, tienen naturaleza y alcances distintos. Por cierto que algunos le dan prevalencia al ordenamiento moral sobre el jurídico y estiman que el derecho, de cierta manera, es una prolongación de lo moral. Pero mezclarlas es un error teórico, técnico, metódico y altamente peligroso para la seguridad jurídica.

Porque la norma moral es autónoma y no coercible, ya que su validez depende de que el sujeto que decide sobre su aplicación es el mismo que resulta obligado por ella, lo cual la relega al ámbito de la conciencia. En tanto que la norma jurídica es formulada e impuesta por una autoridad externa a los sujetos obligados, es igual para todos y suscepti-

ble de modificaciones por razones ajenas al derecho mismo como pueden ser las de orden político o sociológico, económico o cultural.

No deja, por eso, de ser peligrosa para la seguridad jurídica y la realización del modelo político, a cuya realización esta supeditado el derecho, introducir en el orden jurídico cuestiones no jurídicas, con la pretensión de profundizar el ideal de justicia o de concordia que se proponen como fundamento de lo jurídico.

Entre nosotros, y en este momento, se pueden advertir las dificultades de esta mistificación conceptual y la consiguiente ideologización del problema si reparamos en las controversias suscitadas con ocasión del proceso de aplicación de la llamada “Ley de verdad, reparación y perdón”, a los responsables de crímenes y actividades políticas inaceptables adelantadas por las AUC, factores todos de carácter evidentemente moral, que, al entremezclarse con lo jurídico, distorsionan los procedimientos jurídicos y hacen confusa la solución justa de aquellas situaciones.

Es loable esta intención. Enaltece las tareas jurídicas. Refuerza la protección de las víctimas y compromete a toda la sociedad con una cuestión que afecta a toda la gente y a todo el país. Pero, indudablemente, se trata de la construcción de un derecho distinto, de otro derecho que el usual, y cuyos resultados son muy discutibles desde el punto de vista de su pertinencia y eficacia, ya que no es lo mismo establecer la verdad judicial que la verdad histórica o política, porque éstas extienden la responsabilidad de lo sucedido de los autores materiales a los promotores de la acción criminal y política de esos hechos y sus alcances. Si se es riguroso, pueden comprender a la sociedad entera, ya que involucra también a las víctimas.

Además, de un planteamiento como éste, se deriva la consecuencia de que, si es válido injertar en lo jurídico la moralidad, también lo sería



incluir, porqué no, los intereses religiosos, sociales, económicos y culturales, destruyendo, la unidad teórica de lo jurídico, su integridad científica y normativa, suplantando las decisiones políticas que corresponden a las autoridades que no están encargadas de la administración de justicia y con ello la unidad del Estado y su poder.

Es por ahí por donde pueden infiltrarse en el sistema jurídico y contaminarlo ideológicamente con decisiones judiciales que apunten más a los intereses particulares de una clase social, de un sector económico, de una etnia, de una tendencia cultural, que a la homogeneidad que corresponde a la idea de derecho que informa al Estado.

Por otra parte, y esto es manifiesto, si la moral es un asunto subjetivo y la moralidad una cuestión de costumbres y prejuicios sociales, los operadores del derecho, tal vez, sin darse cuenta, van a implantar su propio criterio y van a hacer juego a intereses particulares que pueden resultar incompatibles con los del modelo político de Estado, cuya vigencia deben realizar y mantener.

## 2.2 Derecho público y derecho privado

Desde los romanos se impuso la división del derecho en dos ramas, la pública y la privada, dirigida la primera a la regulación de las relaciones jurídicas del Estado y, la otra, a la de las relaciones jurídicas de los particulares. Significaba esto una distinción en función del ejercicio de poder público, es decir, se privilegiaba la situación de quienes eran titulares de la autoridad, como si la naturaleza de la relación jurídica variara por esa circunstancia. Distinción que se ha mantenido hasta el presente, a lo largo de todos los regímenes políticos que vienen del imperio a las monarquías medievales, las absolutistas, las constitucionalizadas y también las repúblicas de distinto corte creadas desde la revolución francesa de 1789.

Esa distinción se traduce en que el derecho público está conformado, tanto por una normatividad separada de la legislación común, como mantenida por una jurisdicción y un procedimiento especiales. Dentro de esa concepción del derecho privilegiado del Estado, se reconoce a éste la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales imperativas para los particulares, rompiendo la igualdad entre las partes, principio cardinal del derecho, así como de la igualdad de todos ante la ley. Un derecho así viene a ser más bien un estatuto del poder político, una consagración de la razón de Estado, en contra de la idea de que lo jurídico implica reciprocidad y equilibrio en las relaciones de esta naturaleza, pues, es el criterio de lo justo, de la justeza, algo de la esencia de este concepto.

Vistas así las cosas, puede afirmarse con toda propiedad que un ordenamiento jurídico en el cual existen dos derechos, por decirlo así, dos niveles de aplicación de la ley con criterios diferentes, no es democrático. Es como si el Estado se reservara y autoconcediera, porque sí, “porque yo represento el poder”, unas competencias exorbitantes, discrecionales, frente a los particulares que entran en relación jurídica con él, en condiciones de desigualdad y desequilibrio que desvirtúan los postulados de los regímenes con democracia real.

Frente a un concepto así, que está ideologizado por la tradición autoritaria y la divinización del poder y la veneración de la soberanía popular, el ND está procurando acercar el derecho privado al público, para hacer una transición hacia la unidad del orden jurídico, que es lo que la lógica y la política racional están exigiendo.

La cuestión no es sólo de lógica ni de método. Es ante todo un asunto político. Porque la diferencia en los dos derechos, en su última etapa y hasta el presente, se ha justificado, desde la otra cara de la moneda, como una técnica -“la técnica de la liber-

tad”, sugirieron algunos- para trazar una línea divisoria nítida e intraspasable entre el campo de la política y los intereses patrimoniales de la burguesía capitalista, a los cuales se les reconoce plena autonomía para decidir sobre lo propio sin interferencias atrabiliarias del Estado, según la ideología del liberalismo individualista que es la tendencia ideológica prevaleciente en los últimos tramos de la historia.

Es cierto que en el curso del desarrollo del Derecho se han presentado curiosas variaciones alternativas. Unas veces se habla de “las transformaciones del derecho público” para mostrar situaciones y casos en los que los principios y reglas del derecho privado parecen penetrar con sus mecanismos y técnicas en el campo de ese derecho, calificando este movimiento como su “privatización”. Y en otras oportunidades, por el contrario, se han observado situaciones y casos en los cuales aparentemente el derecho privado ha asimilado normas y procedimientos del otro derecho, en busca de simplificación y eficacia en sus maneras de operar, lo cual ha sido calificado, por simetría conceptual, como la “publificación del derecho privado”. Pero, la verdad es que, a la larga, derecho privado y derecho público se han mantenido separados y distintos, como es natural, ya que la ideología dominante no ha cambiado y el régimen económico y social que la genera tampoco. Es correcto y fundado aspirar a la formación de un derecho común. De una parte, en una democracia, el Estado debe ser un sujeto más de las relaciones jurídicas. Le deben ser aplicables las mismas reglas que a los particulares cuando establezca relaciones con ellos y no deben gozar de la prerrogativa de tener jueces propios, “la justicia retenida”, de que trataban los autores franceses para referirse a la jurisdicción contencioso-administrativa, reconociendo actos de poder o de autoridad que escapaban a los controles judiciales e imponían a los particulares cargas que no estaban en condiciones de eludir. La contratación entre Estado y particulares es un ejemplo bien claro de las situaciones asimétricas que plagan esas relaciones con

evidente torpeza y ruptura del carácter jurídico, de ese tipo de relaciones.

De otro lado, el derecho no puede ser sino uno solo. La norma jurídica no tiene por qué tener en cuenta atributos de las personas que no sean comunes a todas. Más bien, debe preocuparse para favorecer a los menos favorecidos y así poderlos equiparar cuando se interrelacionan con los otros. Eso es lo justo.

Finalmente, no siempre es fácil distinguir en el mundo de hoy qué es público y qué es privado. Los usos del suelo, la protección ecológica, la seguridad frente a la explosión del terrorismo, la urgencia y necesidad de combatir la pobreza y eliminar la miseria, la convivencia en paz, el imperativo de desarrollo político y social, los progresos de la ciencia y la tecnología, la globalización, uniforman, de hecho, las reglas que permiten enfrentar con éxito estos retos, porque en una sociedad así nada nos puede ser ajeno, todo nos interesa a todos y sin la solidaridad de la especie, el hombre no puede realizarse.

### 2.3 Ley y Constitución

Este parece ser el campo de más intensa discusión entre las dos escuelas jurídicas que estamos confrontando y es, seguramente, el plano en que más se ha hecho visible la innovadora transformación que representa el ND.

Nada era tan rígido y poco discutido como la relación jerárquica entre la Constitución -ley fundamental de la república- y la ley ordinaria dictada por el congreso de acuerdo con los procedimientos y el contenido previsto en la Constitución.

Esa jerarquización había obligado a construir el control judicial de constitucionalidad, para sostener la diferencia entre el poder constituyente y el legislativo, como un poder constituido y de

menor jerarquía, representado por el Congreso nacional. Separación que es el fundamento de ese esquema institucional, en homenaje al poder originario o fundante de que es titular el pueblo, para diferenciarlo de la organización política sobre él establecida. Esto es, que ese poder es el generador de autoridad y legitimidad mientras los otros son los que ejercen el poder generado y condicionado a la voluntad de aquel.

La crítica contra esta manera de ver era la de que dejar condicionada la vigencia efectiva de la Constitución a los caprichos de los legisladores convertía ese estatuto en un rey de burlas, haciendo muy lenta la aplicación del modelo político adoptado. Fuera de lo cual, la ley no era siempre un intérprete fiel de la decisión constituyente, podía torcerla y traicionarla o volverla inocua. En todo caso, la Constitución aparecía como un ideal lejano a la realidad cotidiana y las posibilidades de desarrollo que contenía estaban opuestas a los intereses políticos de coyuntura y a los consiguientes vaivenes de la Constitución.

Por si fuera poco, de otra parte, se atribuyó al Congreso, que es el poder legislativo nato, un dudoso y ambiguo poder constituyente derivado, que abría a la clase política la oportunidad para modificar la Constitución astutamente, de modo que resultaba convertida en una especie de mosaico o colcha de retazos, contradictoria e incongruente.

Es por esto que el ND atacó a fondo la cuestión con dos poderosas herramientas, conceptual, la una, y pragmática, la otra, que han logrado hacer viva y actual la norma constitucional, poniéndola en el centro de las preocupaciones inmediatas del hombre común, especialmente en lo tocante con las libertades y los derechos fundamentales y sus garantías.

En efecto: en primer lugar, se trasmutó el concepto de Constitución. Se le declaró norma jurí-

dica, norma de todas las demás normas del orden jurídico, norma fundamental de aplicación inmediata y directa por todos los operadores jurídicos, y norma que pueden invocar los particulares en todo tiempo y lugar para hacer efectiva la protección de sus intereses legítimos. Por decirlo así, se la trajo del cielo a la tierra. Y se la puso al servicio de las necesidades comunes, reconociendo además su carácter preferente. Todo, sin la intermediación de la ley o dejándola a un lado cuando no corresponde a los principios y valores que justifican lo que ella dispone.

Fue así como la Constitución quedó despojada de su carácter político de decisión primaria y absoluta, pura voluntad fáctica expresada en cierto momento de la historia, con vocación de permanencia y eternidad, puesto que expresaba el ser y el modo de ser de una nación. Y en ella residía la identidad del pueblo y la pertenencia de los ciudadanos a esa comunidad.

Dos concepciones incompatibles en donde se resuelve la antítesis entre derecho y política, a favor de la primera, y se recalca el carácter y la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales.

Pero, y en segundo lugar, se invistió a un tribunal constitucional de la jurisdicción y la competencia necesarias para interpretar con fuerza de cosa juzgada las disposiciones constitucionales y hacerlas prevalecer frente a las de la ley, reafirmando el salto teórico que va del sistema de primacía legislativa al de la primacía constitucional. Con la implicación de que las decisiones de ese tribunal obligan a todos, autoridades y particulares y constituyen jurisprudencia, precedente obligatorio para resolver cualquier controversia, con el carácter de un ND, un derecho alternativo al legislado, que prevalece siempre y en cualquier caso.

Ese poder interpretativo es ejercido con ocasión de los procesos de constitucionalidad contra disposiciones legales y también, muy intensamen-

te, cuando se revisan las sentencias de tutela dictadas por los jueces de las otras jurisdicciones, ya para retirar del orden jurídico las normas contrarias al estatuto constitucional como para rectificar o confirmar el sentido que tienen los derechos constitucionales fundamentales y sus garantías. Y ha ido lejos, y bien lejos, el poder interpretativo de la Corte Constitucional. Se ha inmiscuido aún en asuntos administrativos concretos como servicios y obras públicas, lo cual rompe el principio de separación de poderes y ha cubierto todo el espectro de la gestión estatal, como si se tratara de un poder superior y la fuerza de sus sentencias la hubiera convertido en la voz de la Constitución, puesto que en cada caso dice la última palabra.

Es posible, por las anteriores consideraciones, sostener que la pugna entre la Constitución y la ley, desarrollada en el campo de la interpretación constitucional, no solo ha desplazado a la ley como fuente primordial de derecho, sino que a veces la argumentación de los jueces ha logrado desplazar a la ley en la decisión de un caso específico, proponiendo soluciones que se estiman más acordes con la Constitución.

Hay que confesar, entonces, que en este punto es patente el éxito que está teniendo el ND y que se advierte una consolidación de su posición teórica y práctica, haciendo anacrónica la vieja escuela.

## 2.4 Método para decidir

Aquí también, los criterios enfrentados están produciendo una inmensa operación de cambio metodológico en la aplicación de las normas jurídicas, que recuerda lo que en otros tiempos, no muy remotos, fue la Escuela del Derecho Libre, por oposición a la escuela exegética o literalista.

Ya no se trata de identificar el caso concreto que hay que resolver, tipificándolo por correspondencia

con una de las distintas figuras jurídicas previstas y descritas en la ley, para darle la solución exacta contenida en la norma legal para esa circunstancia específica, que era la sabiduría de los viejos juristas, que se traducían en una aplicación casi mecánica o maquinal de las leyes, criticada por su apego a las palabras y a la terminología utilizadas en ella.

No. Ahora, el operador lo que debe estudiar sobre la realidad misma es el conflicto surgido con ocasión de las relaciones jurídicas que constituyen la vida del derecho, para resolverlos no de acuerdo con las previsiones de la norma positiva que expresa las preocupaciones del legislador de turno, sino tratando de encontrar una solución razonada y racional que decida equitativamente la controversia.

Lo anterior significa que la ley no tiene una sola lectura posible; que en su contexto y fuera de él existe una pluralidad de soluciones viables y legítimas, igualmente aplicables al caso concreto y de que lo que se trata es de soportar con una argumentación suficiente la que resulte más justa, teniendo en cuenta la situación real, no la prefigurada en la ley, que se supone es perfecta y resuelve integralmente el caso.

En síntesis, o, de otro modo: en la escuela tradicional la solución estaba hecha, era dada por la ley, no cabía dar solución distinta a la prevista en la ley y la interpretación de los operadores se limitaba a escoger la norma aplicable, teniendo en cuenta el tipo de controversia que debían resolver. En tanto que, en la actualidad, el operador se enfrenta directamente con la realidad, con los hechos, y debe elaborar una solución surgida de un proceso discursivo no solo congruente y lógico si no útil, eficaz, equitativo, que encaje en la norma, cuyas palabras no son más que un camino y una puerta para entrar en la justicia.

## 2.5 Seguridad jurídica y justicia real

Llegamos a un punto crucial del debate. Es aquí donde las dos escuelas, en esta etapa de transición, han pugnado más duramente. Acusan los unos a los del ND de haber introducido cambios en el universo jurídico que han tirado por la borda la finalidad misma del orden jurídico: la seguridad jurídica. Seguridad jurídica que, para ellos, estriba en el reconocimiento y garantía de los derechos legalmente adquiridos, de modo que sus titulares puedan estar confiados en que la situaciones creadas por el libre ejercicio de esos derechos tendrá los efectos, las consecuencias que se derivan fatalmente de ese estado de cosas. Aspiran a no tener sorpresas que afecten esos derechos ya por la vía de la ley, ya por la de la jurisprudencia. Y se atrincheran en principios y conceptos intocables, como la irretroactividad de la ley, las prescripciones, las amnistías fiscales y penales, la cosa juzgada y la aplicación rigurosa de los procedimientos que deben aplicarse para reconocer, rescatar o adquirir derechos, de manera que ponen su mayor preocupación en el respeto por las solemnidades, las formas, los requisitos y las actuaciones que deben cumplirse en cada trámite jurídico.

Lo que se teme es que el operador de la ley incorpore fraudulentamente en la decisión su propia ideología y no lo que se dispone en la Constitución, apoyándose en persuasivas argumentaciones, es decir, en consideraciones de orden técnico más que justiciero o moral.

El impacto producido por este nuevo enfoque ha desestabilizado el ordenamiento jurídico, ya que en la práctica el juez de constitucionalidad está revisando casi toda la legislación, derogándola, pues ese es el efecto de sus sentencias o modificándola con gran frecuencia, de manera que los particulares no saben a que atenerse en cuanto al régimen que rige las situaciones jurídicas que le importan. Y, en el campo de la vida privada, mientras no se consolide una auténtica jurisprudencia de la cual

se puedan derivar lineamientos y tendencias ciertas, las partes de una controversia estarán expuestas a una interpretación inédita de la norma jurídica en cuyo contexto están atrapados.

Sin embargo, en la otra orilla, se piensa que hacer determinante, de las decisiones jurídicas, la seguridad de los interesados, fosiliza el derecho, lo convierte en una tautología, de modo que aquellas parecen una serie clonada de decisiones judiciales y administrativas de las cuales la realidad ha huido y que atienden exclusivamente a los aspectos formales de lo jurídico.

Los del ND hablan en cambio de la prelación de lo sustantivo sobre lo meramente formal y no creen en que la rigidez y continuidad de una línea interpretativa garantice con eficacia los derechos. Piensan que lo importante es encontrar una solución creada para el caso sobre la marcha, donde lo que cuenta son los hechos y las consecuencias deducidas de la realidad sobre la que controvierten las partes del conflicto jurídico.

No parece que haya posibilidad de conciliar estos dos puntos de vista. Por eso, insistimos en que es en, este lugar, en donde se parten las aguas y se mantienen posiciones irreductibles.

## 2.6 Las leyes y su interpretación

En el desarrollo de su pensamiento, el ND critica con agudeza el derecho viejo, estructurado con base exclusiva en la legislación. Afirma que los alcances de la legislación son siempre muy limitados y de ellos se escapa gran parte de la realidad o dimensiones que no son percibidas ni consideradas por el legislador. Este, inquieto por la insuficiencia de su labor legislativa, de lo cual es conciente, trata de taponar sus fallas y errores particularizando la ley, haciéndola específica, concreta, casuista, lo cual se traduce en una feudalización del derecho, especializándolo, lo

que rompe su unidad y genera contradicciones e incompatibilidades sin cuento. Los vacíos o lagunas de la ley son llenados tramposamente acudiendo a las aplicaciones e interpretaciones de normas analógicas que, a la postre, no son más que una arbitrariedad del operador, tan peligrosa como la del juez-legislador del ND.

La miopía e imprevisión, o ignorancia del legislador, opinan los del ND, debe ser superada mediante la autonomía del juez para formular un juicio prudente, racional, distante de las cortas previsiones de los legisladores. Punto de vista que crea una brecha insalvable entre las dos escuelas, en tanto la independencia total del juez frente al texto de la norma legal lleva a la amenazante conclusión de que, como es usual afirmar hoy, “el derecho es lo que los jueces digan”, dejando las soluciones a su criterio, en el cual caben tanto argumentaciones objetivas como argumentaciones que solo responden a la posición personal de esos operadores.

Un enfoque tan audaz, necesariamente, produce anarquía y confusión en el funcionamiento del orden jurídico, puesto que cada operador de la ley se siente investido de un poder creador de derecho, justificado con la idea de que lo importante es “hacer justicia”, desechando el tanto de justicia reconocido en la ley vigente, entendida como la medida de lo justo que puede conceder el operador. Para los nuevos jueces, se diría, que lo que les impone su función es realizar la justicia pendiente, la que no está prevista en la ley, en vez de ser capaces de hacerla producir al texto legal sobre el cual deben trabajar. Este tema plantea una cuestión política de largo alcance: en el Estado de Derecho, es sabido, el juez debe operar bajo el imperio de la ley y la jurisprudencia, junto a los principios generales del derecho, que son apenas criterios auxiliares en la interpretación y aplicación de esa ley. Pues si no fuera así, no existiría separación entre las ramas del poder público y se impondría un confuso sistema en el reparto de

competencias y funciones de las mismas. Doctrina tradicional que el ND refuta, sosteniendo que “la sujeción del juez al imperio de la ley”, es simplemente una reiteración del principio de legalidad, en forma abstracta y genérica, y no la sujeción a la letra de la ley que regula el caso que debe resolver, pues, siendo indispensable, para aplicarla bien, interpretar la ley, el juez es un intérprete libre de esa norma, y su competencia interpretativa le permite fijar los distintos sentidos válidos en que puede ser aplicada.

Tenemos, entonces, que el ND hace a un lado la ley y prefiere guiarse por principios, esto es, por orientaciones generalísimas, abiertas, que el operador debe poner en acto al resolver la controversia, sin tener que referirse a un texto consagrado, debiendo respetar tan sólo los precedentes, los antecedentes establecidos por los operadores jurídicos en decisiones que tienen fuerza de cosa juzgada. En tales decisiones deberán así mismo hacer prevalecer los valores políticos y sociales que fundan el régimen, desatando igualmente las confrontaciones que entre estos puedan plantearse.

## 2.7 Política y derecho

Quiérase o no, es imposible divorciar el derecho de la política. Todo ordenamiento jurídico es expresión de una ideología, de una cierta idea del derecho, cargada de significación política. Derecho y política son conexos e inseparables. La norma jurídica contiene “políticas”, o sea, formulaciones en que se adoptan directrices que los operadores deben poner en práctica y realizar. De modo que el derecho, mirado así, es un instrumento de gobierno, un medio para conseguir mejor gobernabilidad.

En otras palabras: la norma jurídica esta precedida de una decisión política, dada por quien en el Estado tiene la competencia para establecerla e imponerla coactivamente.

Siendo esto así, cada ordenamiento jurídico corresponde a las ideas que inspiran el respectivo modelo político y, por tanto, su interpretación y aplicación, si es lógica y congruente, debe corresponder a esa ideología. Lo cual debe afirmarse tanto frente a los desarrollos legislativos de la Constitución como de la jurisprudencia que la interpreta.

En este aspecto, el ND ataca el continuismo y conservadurismo del orden jurídico que se implantó en el régimen anterior. En este, el propósito cardinal era la estabilidad o, de otra manera, el orden social, el orden público, el orden económico, las condiciones ecológicas, en que vive un país. De ahí que, dentro de esa concepción política, quepa la posibilidad de establecer, transitoriamente, estados de excepción, esto es, regímenes jurídicos especiales para tiempos anormales en que se perturbe el orden vigente, en cualquiera de los aspectos mencionados, restringiendo la aplicación y los efectos de las reglas jurídicas vigentes para tiempos de paz. Estados de excepción, regulados constitucionalmente, que no hacen otra cosa que reafirmar el estado de derecho, en cualquier circunstancia, sin llegar a la dictadura ni a la supresión de la libertad.

Por su parte, el ND moviliza sus conceptos y estrategia en el sentido de definir el derecho como un instrumento de cambio de las estructuras políticas, sociales y económicas injustas, promoviendo el mejoramiento de la calidad de vida de toda la población y el reparto equitativo de los logros conseguidos en el proceso de desarrollo entre los distintos sectores de la sociedad.

Estos planteamientos son simplistas. La dicotomía planteada no es tan tajante. Pues, no se puede ignorar la preocupación del derecho tradicional por las cuestiones sociales (en él nació el derecho laboral y los sistemas de seguridad social y servicios públicos de economía universal) sin perjuicio del orden, tampoco se pueden ignorar los desvíos demagógicos y populistas que se presentan en

el campo contrario.

Por desgracia, es fatal llevar al campo de lo jurídico el esquema ideológico que parte el mundo – neoconservatismo y socialdemocracia –, para reflejar la oposición entre la derecha y la izquierda políticas, aun si que los operadores lo adviertan.

## 2.8 Estado y derechos

Es anacrónico mirar el Estado, bajo el sistema jurídico antecedente, como un aparato dotado apenas del mínimo de poder para proteger a las personas en su vida, honra y bienes. Eso es retrotraer las cosas al momento en que nació el Estado liberal, individualista, armado por la burguesía capitalista. Se trataba entonces del llamado “Estado gendarme” que dejaba operar a la autonomía y a la voluntad con entera libertad y se limitaba a corregir las extralimitaciones, los abusos del derecho. Era el Estado de la economía de mercado, de la iniciativa privada libre, en una palabra, de la libertad económica, con propiedad privada de los bienes de producción y libre competencia, dedicado a vigilar y controlar nada más los monopolios y los excesos de quienes tuvieran posición dominante en el mercado.

Ese Estado rehuía intervenir en las actividades económicas y condenaba el dirigismo y la planificación estatal de la economía, ya que interferían el libre desenvolvimiento de los espontáneos movimientos atribuibles a “la mano invisible”, la famosa ley de la oferta y la demanda que era la ley natural generadora de la riqueza y el progreso y, a la larga, del bienestar generalizado de los pueblos.

Tal política no fue inflexible, como no lo puede ser ninguna política inteligente. Supo asimilar la planificación a medias, la llamada planificación meramente indicativa, y asimiló conceptos tan

reformistas como la función social y económica de la propiedad privada.

Así las cosas, no parece fundado enfrentar radicalmente uno y otro sistema. Es cierto que en la esfera del ND está más frecuente e intensamente utilizada la intervención económica estatal, así como la preocupación dominante del derecho por la efectividad e inmediatez de los derechos constitucionales fundamentales. Pero, desde el punto de vista político, bien puede afirmarse que una y otra corriente pertenecen al centro político y no a sus extremos, a los polos. De manera que, en la realidad, las políticas que se practican en el orden económico son diferentes más en el grado de aplicación que en las fórmulas utilizadas.

No obstante esta situación de hecho, hay que reconocer, sin ambages, que en el campo del ND es mayor la sensibilidad social y la determinación de políticas estatales de inversión social, dirigidas a reducir la pobreza, a neutralizar los efectos de un reparto desigual y la gestión tendente a satisfacer las necesidades vitales mínimas, como el agua potable, la sanidad ambiental, la educación, la salud y la vivienda. Es más lo avanzado en esta tarea por la jurisprudencia del ND que por la legislación tradicional.

## 2.9 Los abogados como operadores de la ley

En las experiencias anteriores el abogado aparece como un mandatario de sujetos particulares que le encargan el reconocimiento, la recuperación o la defensa de intereses individuales, generalmente del contenido económico. En tal función u oficio, debe desplegar su conocimiento de la ley, su experiencia, su inteligencia estratégica, su capacidad persuasiva para obtener en los tribunales el triunfo de las pretensiones de su clientela. Su compromiso está con las personas a quienes apodera más que con cualquier ideal de justicia o de solidaridad social con valores colectivos. Un abogado es un experto, un perito, un técnico, diestro en la aplicación de la ley, que utiliza todos los medios de la

retórica en orden a sacar adelante los intereses que representa.

Se dice, aunque la afirmación es muy relativa, que el nuevo abogado, el del ND, es distinto. Que no sólo se ocupa de gestionar intereses privados individuales, sino que sirve a intereses colectivos y que hacen presencia, en función de solidaridad, con causas de interés social que reevalúan la importancia de su profesión.

Creo, más bien, que lo que el nuevo abogado ha tenido que modificar es su manera de abogar. Ya no es un especialista que conoce los recovecos de la ley, domina su letra y sabe llegar al ánimo de los jueces. Ahora trabaja con los antecedentes, con la jurisprudencia, con la jurisprudencia de los propios jueces, esto es, con el derecho que ellos edifican al sentenciar. Y toda demanda, y toda contestación de la demanda y toda actuación se ilustra y apoya en la referencia y en la cita de los textos jurisprudenciales pertinentes, a partir de la convicción de que contienen la verdad jurídica, de que son la expresión más fiel de lo justo, de que ese es el derecho vivo que debe aplicarse, lo cual conduce a que el ajetreo judicial sea una reproducción *ad nauseam* de las tesis que han hecho carrera en los estrados, justificados en el uso de técnicas administrativas que vienen de la vieja retórica.

Interesa más, podría aducirse, la presencia de nuevos actores en las controversias, representantes del interés público y de la sociedad civil, sea promoviendo acciones, sea vigilando el curso de los procesos o participando activamente en audiencias y trámites para lograr el respeto de las responsabilidades sociales inherentes a todo conflicto jurídico. Se está tentado a sostener que, al lado y paralelamente con los abogados de profesión, están actuando una especie de abogados de oficio que han asumido la tutela de los intereses públicos o colectivos que están en juego aún en ciertos procedimientos en que se debaten intereses particulares.



## 2.10 Unos jueces diferentes

El ND ha puesto el acento del sistema que promueve en el activismo de los jueces. Censuran a los jueces tradicionales porque están dedicados al cultivo de virtudes pasivas: el conocimiento de los textos legales, el entendimiento que se les ha dado constitudiniariamente, la declaración y reconocimiento de la titularidad de derechos bien establecidos y, en general, resolver con la ley en la mano los conflictos de que conocen por disposición legal. Se trata de una justicia impulsada principalmente por los actores de los procesos, ubicándose el juez como una autoridad neutral, imparcial, al margen del conflicto, que respeta los límites estrictos de su jurisdicción y de su competencia, frente a los demás poderes del Estado. Es la producción de pruebas o contrapruebas y la exposición exegética de la ley lo que prevalece en su trabajo, en busca de un juicio lógico, deductivo, impecable en sus conclusiones, lejano al conflicto interpersonal envuelto en la cuestión jurídica que debe resolver.

En tanto que, el juez nuevo, digámoslo así, toma parte, participa en la contienda judicial que dirige y va en busca, por oficio de un juicio que le satisfaga racionalmente y de una solución que responda a los principios, a los valores, a la ética, en resumen, a la justicia real, material, sustantiva, positiva, hecha por el mismo juez, sobre la marcha, situando el texto en el contexto social y político en el que se produce la decisión.

Agregan, los del ND, que los jueces no deben despreocuparse de la ejecución y cumplimiento de sus sentencias. El juez no termina su tarea al dictar el respectivo fallo, debe preocuparse por el desarrollo de sus efectos y conseguir que estos se produzcan oportunamente y en la forma en que se ha resuelto. Porque no se trata simplemente de practicar un ritual, una forma jurídica, si no de que se haga justicia haciendo que lo resuelto sea ejecutado en forma pronta y completa. Es por eso que en la actualidad los jueces pre-

sionan la ejecución de sus decisiones en el orden administrativo, fiscal, de los servicios, de los intereses colectivos, de modo que se hagan efectivas las sanciones que puedan derivarse del desacato a decisiones judiciales. Así, el juez va más allá de la ley, la trasciende, para satisfacer el ideal de justicia implícito en los procedimientos judiciales.

## 3. GRAVES INCONSISTENCIAS

Pese a los avances logrados por el ND en su esfuerzo por ir consolidando sus tesis y experiencias, al analizarlo con detención se encuentran algunos problemas que no parecen haber sido planteados en toda su dimensión, o cuyo planteamiento no ha conducido a respuestas satisfactorias.

- a. Por lo pronto, hay una inmensa cuestión teórica que está en la base de la transición que se está cumpliendo. Es la de la naturaleza fundamental, atribuida a la norma constitucional en la misma Constitución, cuando declara que “la Constitución es norma de normas”. Porque algo así deja en el aire el piso teórico en el que se está construyendo el ND. Y, entonces, estamos trabajando de una manera enteramente artificial y ficticia, simuladora, que no nos deja tranquilos a quienes hemos sido seguidores de la corriente decisionista. Es un juego intelectual parecido al de los Kelsenianos cuando montan todo el aparataje de la teoría de “los grados del derecho” sobre una “norma hipotética fundamental”. Algo así como el ilusionismo del mago cuando saca de la manga una carta tramposa.

Darle carácter y fuerza y rango de “fundamental” a una norma jurídica que tiene la misma estructura lógica de todas las demás normas y coronarla como reina de todas las demás normas del orden jurídico, es una arbitrarie-

dad, un capricho, para poder armar un castillo de naipes. Es hacer de la Constitución la matriz de todas las normas, porque sí, sin razón valdiera, puesto que es la propia Constitución la que se apropia de ese rango, a partir de la cual todo funciona bien, menos la base y sustento de la normatividad autogenerada y suficiente, que hace caso omiso de los datos históricos, sociológicos y políticos de la realidad en cuyo contexto se establece.

Obligar a que todas las normas de un sistema jurídico, de arriba a abajo, tengan que referirse o remitirse a la norma constitucional como su origen y fuente, debiendo acomodar su contenido y alcances a lo prefijado en aquellas, sin que se pueda cuestionar la validez, ni conocer la causa de esa norma superior, no satisface intelectualmente a nadie.

O si haciendo trampa, se conecta la norma fundamental con un poder extrajurídico y prejurídico denominado poder constituyente, se está tirando por el suelo toda la teoría, empalmándola, “sin querer queriendo”, con el decisionismo. Esto es, encontrando la fuente y fuerza del derecho en la voluntad colectiva de la nación o del pueblo, según la corriente que se siga, haciéndose eco de la indiscutible afirmación de Hobbes, al decir que “es la voluntad la que hace la ley y no la razón”.

Este normativismo es tan cuestionable como el decisionismo. Es puro formalismo jurídico. Un juego entre normas, no entre realidades, que ha convertido el universo jurídico en un galimatías, en donde se multiplican sin fin las actuaciones y procedimientos sin que se logre una mejora de la justicia.

La norma jurídica no nace de sí misma, no tiene su justificación en sí misma. Forzosamente tiene que saltar fuera de su sombra para encontrar un respaldo fáctico. Lo demás es la pantomima de “el derecho por el dere-

cho mismo” ejercicio que no resulta útil ni conducente para establecer.

- b. Problema que no siempre tendrá solución satisfactoria es el resultante de la ineludible confrontación entre la disposición legal y los precedentes judiciales o jurisprudencia. Es el problema que se presenta a los operadores para optar entre las reglas contenidas en las leyes y las directrices propuestas en los precedentes judiciales, cuestión con la que se encontrarán en cada uno de los casos que están a su decisión. No sabrán, de entrada, porque no existe una jerarquización formal entre esas dos fuentes de derecho, cuál tiene más precio, cuál debe prevalecer, pues no existe una reglamentación que resuelva de antemano este problema y, entonces, es al operador al que le corresponde resolverlo.

Se dirá que lo lógico es optar por la solución mejor, esté contenida en una o en otra de las fuentes, porque lo que importa es acertar. Pero, en la práctica, no es esta una cuestión expedita y, de todos modos, es generadora de incertidumbre, ya que los interesados estarán expuestos a que sus controversias sean decididas ya por la ley, ya por un derecho alternativo, asunto que para ellos no es indiferente. En un buen ordenamiento jurídico, si se quiere ser fieles al concepto de estado de derecho, debe exigirse transparencia total sobre la norma aplicable, información que debe ser previamente conocida por quienes pueden ser afectados por una decisión que le puede ser adversa, según se apoye en una u otra de las fuentes referidas.

Esto es, que parece estructurarse un sistema jurídico dualista -dos derechos alternativa o simultáneamente aplicables-, con la consecuencia nociva de la ruptura de la unidad del orden jurídico y la pérdida, otra vez, de la seguridad jurídica.

- c. El ND crea, además, el riesgo de la judicialización total, la cosa jurídica propiamente dicha, el objeto pierde nitidez. Un juez autónomo, como el del ND, en plan de hacer justicia, es capaz, de hecho, de pronunciarse tanto sobre las materias legisladas como sobre las excluidas de la regulación previa y expresa existente en un verdadero Estado de derecho. Si con el pretexto de contextualizar el caso, la situación concreta, en su ámbito cultural, social, político, puede incorporar al mundo jurídico materias completamente extrañas a lo jurídico en estricto sentido, de lo que resultan, por fuerza, decisiones arbitrarias, por la consideración de elementos o factores que no estuvieron en la inteligencia y la conciencia de las partes en controversia, produciéndose un distanciamiento inconveniente entre la realidad y las actuaciones de los operadores.

Hay que repetir hasta el cansancio, en defensa de la libertad individual y de la autonomía jurídica de las personas, que en el mundo, que en la vida, no todo es jurídico ni puede juridizarse. El hombre es algo más que un sujeto de derechos y obligaciones. Su inteligencia y su voluntad trascienden el mundo jurídico y muchas veces es deliberado su propósito de sustraer algunos sectores de su actividad a la regulación jurídica, para mantener su autonomía, su independencia en guarda del libre desarrollo de su personalidad, sin detrimento de su personalidad jurídica.

Es aberrante, por ejemplo, la pretensión de los jueces de regular la libertad de conciencia o la objeción de conciencia, que es lo mismo, pues eso es entrar a saco en una zona que, de suyo, le está vedada a los legisladores, a los jueces y a todos los operadores de o jurídico. Penetrar así en el alma de la gente es un atropello sin nombre, que se debe repudiar, obligando al derecho a

mantenerse en los términos de su propia naturaleza.

- d. La absolutización del derecho es otra consecuencia inevitable en el desarrollo del ND; éste, privilegia lo jurídico sobre el sentimiento religioso, la preocupación moral, la intención política. Da mayor valor a la solución que mantiene el equilibrio entre los intereses que se desenvuelven en la sociedad, para asegurar una convivencia ordenada. Por eso, su tendencia a convertir en relación jurídica toda relación humana y en darle a las decisiones de los operadores jurídicos un alcance que va más allá de lo jurídico. Es frecuente, de manera infundada, hablar de profundización o desarrollo de la democracia, como motivo justificante de los excesos en la operación de lo jurídico, sin que exista conexidad lógica entre uno y otro campo. Y, a veces, se hace invocación de la moralidad con el mismo objeto, como lo confiesan paladinamente los jueces en sus sentencias.
- e. Es la pretensión imperialista de imponer lo jurídico en todos los órdenes de la actividad humana con la engañosa afirmación de que lo jurídico satisface todas las exigencias de la vida y el desarrollo pleno de las múltiples potencialidades del hombre.

No deja de tener un talante agresivo, en contradicción con su naturaleza, este derecho nuevo que entra a todas partes, se mete en todo, regula cada uno de nuestros pasos, mira, pesa y cuenta cada actuación nuestra y suplanta las reglas de comportamiento, intenta imponerse desde su propia autonomía de hombre libre.

En el mismo sentido, resulta desastroso el efecto del sarantismo constitucional, dedicado más que a la protección de los derechos al amparo de las mismas normas jurídicas, de su correcta aplicación, de la veneración por

ritualidades en que se pierde la sustancia del conflicto jurídico que está sobre la mesa.

En efecto, es imposible calcular los millones de reclamos que cursan ante los jueces para protestar y reclamar respeto para la protección denominada “el debido proceso”. Debido proceso que, la mayoría de las veces, no es más que la omisión de una exigencia legal sin mayor importancia, la omisión de cualquier rito intrascendente, para alegar la nulidad de procesos que han durado años y cuyos vicios formales sólo se viene a verificar a la hora de nona. Esto genera inseguridad jurídica, causa inmensos prejuicios a los interesados, destruye la fe en el derecho y hace degenerar al orden jurídico en un formalismo que impide que el sistema cumpla sus fines.

Nadie desconoce la importancia que en el derecho tienen las formas, el modo de actuar para que la ley produzca sus efectos naturales y resuelva situaciones conflictivas en que se disputa sobre derechos y obligaciones. Pero, el derecho no es pura forma. Esta, simplemente recubre la realidad en la que hay una pugna de intereses que no tuvo solución directa entre las partes. Autorizar para que se utilicen vicios formales tardíamente, cuando ya se han producido decisiones que deben hacer transito a cosa juzgada es un purismo falso, que atenta contra la razón de ser de la ley y que en nada aprovecha a una técnica mejor para lograr decisiones justas.

El ND ha exagerado la importancia del debido proceso, elevándolo a la categoría de principio. Principio que, sin embargo, no puede contrariar el que ordena no sacrificar la sustancia a la forma.

- f. Iguales consideraciones a la anteriores valen para los casos en los cuales la jurisprudencia del ND viene permitiendo que se ale-

guen “vías de hecho” para obtener la anulación de sentencias judiciales que por ser cosa juzgada, ya están en ejecución y han constituido situaciones jurídicas consolidadas, derechos adquiridos incorporados al patrimonio de quienes vencieron en el litigio.

De esta manera, se arruina el concepto de “cosa juzgada”, que parecía ser la coraza de la seguridad jurídica, y se somete, otra vez, si en el caso de que se trata se ha utilizado el recurso extraordinario de casación, a un juicio de validez de la actuación de los jueces, con un desgaste del aparato judicial que no se justifica, y con perjuicios que pueden resultar irreparables para los interesados.

Es el perro mordiendo la cola, es la ley enroscándose sobre sí misma, es el derecho desconfiando de sus propias virtudes, es el abrir la puerta a los leguleyos y tinterillos que no están interesados en la verdad jurídica, si no en el lucro.

- g. Para insistir en esta dirección, hay que hacer notar también el surgimiento de una cierta clase de mecanismos preventivos que, si se piensa bien, pueden convertirse en obstáculos que obstruyen la acción de las autoridades y de los particulares, paralizándola, o, al contrario, en forma de presión sobre aquellas que pueden terminar siendo manifestaciones del abuso del derecho. Esta referencia se deduce del ejercicio de las acciones de tutela y de las acciones populares, cuando, las primeras, impulsan la acción de la autoridad negligente u omisiva, sin tener en cuenta las consideraciones y criterios de conveniencia, oportunidad, racionalidad, prudencia que debe regir su actuación y que puede justificar su abstención o, en el caso de las segundas cuando se emplea aquellos procedimientos para impedir que las autoridades ó los particulares obren en determinado sentido, pretextando posibles o presuntos

daños, pidiendo que el juez de tutela enerve la acción administrativa estatal o el desarrollo de actividades de los particulares, alegando peligros o amenazas inexistentes.

Se cae así en una utilización indebida del derecho que es difícil eludir y que termina sacrificando libertades y derechos a la sacralización y mitificación de garantías constitucionales, cuya operación resulta siendo contraproducente.

Igual cosa sucede cuando se trata de las acciones populares interpuestas cuando se intentan para defender falsos derechos e intereses colectivos, ya para adelantar actuaciones evidentemente demagógicas o para explotar esos mecanismos como fuentes de recursos económicos para los que se dicen protectores de los intereses del pueblo.

- h. Se reclama hoy como una conquista irrenunciable que garantiza lo jurídicamente concreto, el llamado principio de la doble instancia en la estructura de los procesos judiciales, sin darse cuenta de la incongruencia e inconvenientes de tal instituto. Se ha establecido que en todo proceso judicial se cumpla un procedimiento duplicado, justificándolo con la idea de dar mayores oportunidades de acierto a los jueces, creando una segunda oportunidad en la cual se pueden rectificar los errores en que se haya incurrido en la primera instancia. Pero esto no es así, porque en la realidad la segunda instancia no amplía las posibilidades de mejorar las pruebas tramitadas en la primera instancia y, en la realidad, la segunda instancia es el ejercicio de un control de los jueces superiores sobre los de primera instancia, orientando su actividad a la evaluación del fallo proferido por ellos, para confirmarlo, modificarlo o anularlo.

Lo cual indica, otra vez, que en el ND, al generalizar el principio de la doble instancia, se desconfía del derecho y sus operadores, con la consecuencia de hacer más lenta la administración de justicia, más costosa y menos confiable.

Grave inconsistencia, puesto que no se ve por qué se considera que unos jueces son más capaces que otros, poniendo en riesgo los intereses de las partes involucradas en el litigio.

- i. Al reconocer a las decisiones de un tribunal supremo de constitucionalidad de las leyes y de revisión de las acciones de tutela, la fuerza obligatoria y universal que tiene la ley, ha surgido un conflicto interinstitucional de severas consecuencias políticas y de desorden en la Rama Judicial del poder público, en el nivel de las llamadas “altas cortes”.

En efecto, hasta ahora, cada una de las jurisdicciones especiales y, desde luego, la común, eran consideradas como tribunales supremos en sus respectivos campos de actuación, es decir, eran, en la jerga de los abogados, “Órganos de cierre”, puesto que sus sentencias tenían efecto definitivo, sin que contra ellas se pudieran interponer recursos, protegidas por la intangibilidad de la cosa juzgada; mientras que en la actualidad, de una parte, están obligadas a acatar y aplicar en sus decisiones la jurisprudencia establecida por la corte constitucional en sus sentencias y se ha admitido la posibilidad de que contra ellas quepa la acción de tutela, vía por la cual sus providencias vienen a quedar, en últimas, como resoluciones no definitivas, susceptibles de modificación o anulación por la corte constitucional.

Nuevo factor de incertidumbre jurídica e inconveniente puja de poderes entre cortes

que se proclaman, todas, supremas en lo de su conocimiento, creando gran confusión en el funcionamiento de la justicia.

Así mismo, una condenable consecuencia de este galimatías jurídico es el de que los pleitos que no terminan nunca.

Hablando de manera coloquial, hay que ganarlos varias veces, muchas veces y, no obstante, nunca se tiene seguridad de que la última palabra sea de verdad la última palabra, pues la tutela con trascendencia judicial por vías de hecho es un riesgo que nunca se puede descartar

- j. Muy frecuente ha sido la crítica contra los tribunales constitucionales investidos de competencia para nulificar, tanto leyes como actuaciones administrativas, o sea, las decisiones adoptadas por las otras dos ramas del poder público, como si se tratara de un poder superior, en contra de la doctrina de la separación e igualdad entre las tres ramas que constituyen el Estado, en razón a que su origen no es la elección popular directa, como en el caso de las otras dos. Sin duda, esta es una anomalía o contradicción que no se salva escudándose en la tesis de que esas cortes ejerzan una función derivada directamente del poder constituyente originario o justificando su capacidad decisoria en que los miembros de estos tribunales tienen origen político, puesto que, generalmente, son designados por los jefes de Estado o, por el congreso legislativo, que son órganos políticos y de elección popular directa, por lo cual debe entenderse que dichos tribunales cumplen más una función política que judicial.

No satisfacen estas explicaciones. La inconsistencia es evidente y seguirá pesando en contra de la fuerza que se está dando a las decisiones de constitucionalidad, insistiendo en

que los jueces de esta jurisdicción no tienen ni se les puede hacer efectiva una responsabilidad política por el abuso o desvío en el ejercicio de su competencia, como sí sucede en los casos de la rama ejecutiva y la rama legislativa.

Tratar de asimilar al poder constituyente con cualquiera de los poderes constituidos, incluido el judicial, es ir más allá de lo que tolera la lógica.

Quizás, si se es lógico, lo procedente sería que en la organización del Estado se declarara que la corte constitucional es un ente que no tiene carácter de juez en sentido propio, que la función que ejerce es de naturaleza política, y que ese tribunal tiene el carácter de único y su posición es extra o supra constitucional, por disposición del poder constituyente originario.

- k. Coincidente con las observaciones formuladas en la letra anterior es la necesidad de dilucidar el carácter de los jueces de constitucionalidad, para saber si se trata de lo que ordinariamente se entiende como "autoridad pública" o de un poder constitucional extra rama del poder, ya que no pertenece su función a ninguna de las atribuidas a los poderes constituidos y antes bien los controla y sujeta a su jurisprudencia.
- l. No son simplemente autoridades, en el sentido en que se utiliza este concepto para designar a las personas y organismos que cumplen funciones públicas estatales y, para tal efecto, son revestidas de competencias decisorias cuyos actos vinculan obligatoriamente a los particulares, autoridades que operan bajo el imperio de la ley, ciñéndose a lo que previa y expresamente disponga ésta, y cuyas actuaciones están sometidas no solo al control de legalidad, sino a los demás que ha establecido la Constitución, político, disciplinario, fiscal, etc.

En cambio, en el caso de los jueces de constitucionalidad, estos operadores jurídicos tienen por marco de su actividad la Constitución y es en su contexto en el que producen sus decisiones, que escapan a los controles ordinarios y a la responsabilidad común a los demás jueces. Y es que sus pronunciamientos se producen a nivel supralegal e incluyen la vigencia, validez y eficacia de las leyes, lo cual parece conferirles más que una autoridad corriente una especie de poder político que puede contrarrestar a los demás poderes del Estado, desde luego, en el plano del orden jurídico dominante.

Así las cosas, no es equivocado calificar de supremo poder político-jurídico el asignado a los tribunales constitucionales, mantenedores de la voluntad del constituyente, encargados de su actualización y de proyectar el modelo político que contiene la constitución en el futuro inmediato.

Otra espinosa cuestión es la que suscita la doctrina clásica, que establece que la interpretación de la ley con autoridad, corresponde al mismo legislador, quien la desarrolla mediante otras leyes. Interpretación que aportaba una valiosa seguridad en el texto de la ley, ya que, paralelamente, al juez le correspondía tan solo la aplicación de la ley. Distribución de funciones que hoy está rota por el ND, sin que se haya reparado en las discusiones y conflictos que pueden surgir en la práctica por el nuevo modo de ver las cosas.

Si en el esquema anterior la interpretación por vía de autoridad hecha por el propio legislador mediante otra ley no dejaba dudas sobre el contenido y el sentido de la norma legal así interpretada, y si, en consecuencia las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias, estaban colocadas en situación de inferioridad, subsidiariedad y complementariedad de

aquella, en el presente se ha perdido la brújula y ante la simultaneidad y convergencia de interpretaciones se puede caer en confusión que dificulte la aplicación de una norma legal. Porque, ahora el juez de constitucionalidad en los procesos en que se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma legal, asume su interpretación con competencia preferente y universal, la interpretación del congreso ha perdido todo su vigor, la jurisprudencial ha ocupado el rango superior y la doctrinaria apenas es tenida en cuenta.

Eso es lo que ha sucedido y sigue sucediendo. Pero también sigue, viva la discusión en la práctica: porque, si una ley interpretativa es dictada contradiciendo la línea jurisprudencial de los jueces de constitucionalidad, ¿qué se debe hacer?; ¿ignorar la ley, desacatarla, ignorarla y seguir aplicando la jurisprudencia constitucional? ; o ¿dar igual valor a una y otra interpretación y dejar que el juez, a su criterio y en forma alternativa, aplique una u otra?

Hay que seguir, pues, buscando una solución satisfactoria.

- m. El ND se ha ocupado y preocupado con especial interés por reconocer la impresionante diversidad de la naturaleza y hacer valer la diferencia, a fin de evitar marginamientos injustos y discriminaciones insoportables. El régimen político vigente establece con evidente exageración y ligereza que somos un país pluricultural y pluriétnico, dándose cuenta de los múltiples matices que tiene el mestizaje y sincretismo entre nosotros, dándoles una dimensión que no parece corresponder a diferencias relevantes.

Este reconocimiento constitucional del hibridismo cultural y racial del país, tiene notables consecuencias en el mundo jurídico. Por lo pronto, haber creado entidades terri-

toriales indígenas, con autoridades propias y regidas por sus leyes ancestrales, segrega a esas comunidades de la comunidad global, de la nacional, y ha permitido que esos grupos, con ocasión de graves conflictos de orden público, desconozcan a las autoridades estatales, ignoren las leyes del país, ejerzan arbitrariamente su jurisdicción y aún desplacen a la fuerza pública, y empleen medios de defensa y agresión que no le están autorizadas. Para justificar esto se hacen llamar "territorios de paz", que pretenden constituirse en organizaciones políticas diferente y autónomas, haciéndose más complejos los problemas sociales y políticos del país.

Seguramente, bajo esa inspiración, se han proclamado, en algunos lugares, asambleas constituyentes municipales, que dicen estar ejerciendo directamente el poder que, como "pueblo", les reconoce la Constitución, prescindiendo de las figuras propias de la democracia representativa.

En otro campo, pero con problemas semejantes, el tratamiento constitucional de la fuerza pública mina la unidad del orden jurídico y aparece como una discriminación o privilegio a favor de los militares en servicio activo, en cuanto a su estatuto especial y su fuero penal, generando tensiones entre el poder civil, la sociedad y el Estado, que convierten el monopolio del empleo legítimo de la fuerza en una institución, que es necesario revisar y modificar, eliminando tratos diferenciales que no corresponden al espíritu de estos tiempos.

- n. El ND, con su a veces contradictoria tendencia a la uniformidad, está poco de acuerdo con la utilización de las brechas o baches del constitucionalismo que se han regulado bajo el título de "Estados de excepción" (que-

rra, conmoción interior y emergencia económica y ecológica), situaciones extraordinarias que requieren regímenes jurídicos extraordinarios aunque transitorios.

La posición adversa a estos regímenes excepcionales no es fundada. En verdad, ha sido una prodigiosa construcción teórica del Estado de derecho que, para evitar la dictadura o situaciones de facto, negadoras de ese estado, ha logrado incorporarlas en el ámbito de lo jurídico, introduciendo excepciones al régimen ordinario o de tiempo de paz, ya revistiendo al gobierno de mayores poderes y aún de poderes discrecionales de los que no goza en tiempo de normalidad o, al revés, recortando las libertades y los derechos individuales en aquello que impida la gestión eficaz de una guerra internacional, la superación de un conflicto de orden público interno grave, o la neutralización del impacto de una crisis económica o la amenaza inminente u ocurrencia de desastres naturales que destruyan el ambiente.

El derecho nuevo, cada vez más exigente en esta materia, bajo la presión ideológica de organismos internacionales, de la comunidad de naciones o de las ONG de derechos humanos, impone la aplicación en esas situaciones de las normas del Derecho Internacional Humanitario y de los tratados públicos de derechos humanos, sacando en la práctica tales estados del ordenamiento jurídico nacional.

El ND ha quebrantado la unidad, plenitud, autonomía y suficiencia del orden jurídico nacional, ajustando el concepto de soberanía política del estado al ambiente del siglo XXI; pero esta mixtura jurídica no deja de ser incongruente en algunos aspectos.



- o. Es cosa de este tiempo como los medios de difusión han asumido, de hecho, abusivamente, la función de investigar actividades públicas y privadas por el sólo plurito de informar, según dicen los periodistas, a la opinión pública, de hacer efectivo el derecho a estar informado. Unas veces, denuncian escandalosamente los hechos que revelan, otras sugieren las sanciones que deben aplicarse y condenan, de antemano, a los presuntos infractores de la ley, como si fueran jueces. Tampoco es raro que presionen las decisiones de estos en cualquier sentido.

Es esta una condenable desfiguración institucional que no hace ningún bien a la justicia, sobre todo cuando su acción está respaldada en la arrogante invocación acerca de que sobre los medios de difusión masiva no cabe ninguna censura, y sobreponen ese privilegio a todo valor, a valores que tienen sin duda mayor importancia, como la verdad, y que no pueden sacrificarse a la libertad de aquellos.

Enfrentar el derecho a la intimidad y al buen nombre frente al derecho a informar y hacer prevalecer éste, es un burdo error en que fácilmente el designio libertario del ND suele caer en error.

- p. La globalización de lo jurídico, la existencia de numerosos tratados públicos que contienen regulaciones internacionales casi en todas las materias que integran la vida jurídica, la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, dejan a veces en el aire las decisiones de los tribunales constitucionales de los Estados, ya que esas providencias solo tienen efecto en la jurisdicción nacional.

Resulta curioso, y un poco en contra vía de las tendencias de este tiempo que un tribunal constitucional, o sea, un tribunal de derecho interno, resulte juzgando la validez

constitucional de un tratado internacional, cuyo régimen es la convención de Viena o el derecho de los tratados, y no las prescripciones de un estatuto constitucional. Pues, es sabido, que ya no se puede invocar por ningún Estado una soberanía política absoluta; que la existente es relativa, que lo que rige en las relaciones internacionales es la interdependencia de los Estados y la reciprocidad e igualdad en las relaciones interestatales. Pretender sujetar al derecho propio el derecho de la comunidad mundial es arrogante y anacrónico.

Tanto que ya no es infrecuente que un tribunal de derecho internacional falle sobre cuestiones de derecho interno de un país y desplace a los tribunales nacionales, incluido el de constitucionalidad. Es esta una circunstancia que han de tener en cuenta los promotores del ND, porque ya existen otros jueces más altos, cuyas interpretaciones de las normas jurídicas de aplicación global vienen a subordinar las interpretaciones de los jueces nacionales en materias muy sensibles para el Estado y los particulares. Y para rematar, el derecho nuevo es promotor de una indefinida extensión de lo jurídico cuando proclama la doctrina de los “derechos inherentes”, según la cual son derechos que la justicia debe reconocer y garantizar no solo los enumerados de manera expresa en la normatividad jurídica vigente y los enunciados en los tratados públicos sobre derechos humanos, si no que el juez puede encontrar, reconocer y hacer eficaz su ejercicio en la consideración y evaluación de los hechos, relaciones y situaciones sometidos a su juicio, cuando estime que de ese conjunto de circunstancias y para darle solución a lo que se controvierte, es necesario, por razón de la naturaleza, dignidad e integridad de la persona humana, elevar a la categoría de dere-

cho uno que no estaba previsto en las normas, pero que es inherente a la condición de hombre.

Esto significa que el derecho no se agota nunca, que no está hecho, que sus actuales soluciones son incompletas, provisionales y parciales, y que es necesario perfeccionarlo cada día, extrayendo de las fórmulas consagradas nuevas consecuencias racionales o creando soluciones inéditas pero necesarias si se quiere hacer una justicia real.

Argumentación que es válida pero que, una vez más, al hacer indefinido el contenido y alcance de lo jurídico, lo deja en una zona gris, de penumbra, que produce incertidumbre nociva para la función que debe cumplir en la sociedad el operador de la justicia.

En resumen, el impacto del ND sobre la tradición clásica ha afectado al estado de derecho, al hacerle perder su forma y medida, que era la ley, contentiva de lo jurídicamente correcto o, si se quiere, de lo justo, norma que daba en gran medida confianza y seguridad a los sometidos a su régimen y orientaba con certeza a sus operadores. Ahora no. Porque cualquier cosa puede convertirse en cosa jurídica, por virtud de la capacidad interpretativa de la ley ejercida por los jueces, con la consecuencia de que lo jurídico se absolutizó y se totalizó. Totalitarismo y absolutismo jurídico que puede resultar tan amenazante para la libertad y los mismos derechos como cualquier tiranía.

La norma impersonal y abstracta, la ley, no logro penetrar e impregnar con sus normas la vida del hombre común, de modo que este obrara según esas determinaciones y, como no logró reformar la vida, lo jurídico tuvo que reformarse en el sentido de obedecer a las exigencias vitales, perdiendo su carácter, su función, sus fines.

Rota la unidad del ordenamiento jurídico se debilitó su fuerza directiva y se convirtió en un simple instrumento técnico para realizar y asegurar intereses inmediatos.

#### **4. UN DERECHO COMÚN Y DESPOLITIZADO**

**4.1** Puede describirse, con cierta arbitrariedad el proceso de perfeccionamiento de las relaciones entre los hombres, a partir de su sociabilidad natural o instintiva. Esa que formuló Aristóteles cuando definió al hombre como un ser social, como alguien que no puede ser lo que es sin convivir, ya que solo los dioses y las bestias están por encima o al margen de esa exigencia natural. Esa sociabilidad es puro gregarismo, solidarismo mecánico para asegurar la supervivencia del grupo como un todo en que ninguno de sus miembros está individualizado. Algunos animales inclusive comparten con el hombre este instinto, producido por la adhesión natural a aquello de lo que se es parte, a lo que se pertenece y con lo que nos identificamos.

En un grado superior el hombre llega a la politicidad. La coexistencia material con los semejantes se torna en convivencia, en comunicación consiente y continuada. Se estructura un orden, se institucionaliza, se obedece a un estatuto legal y se lanza un proyecto de vida colectiva a largo plazo. Nace así la idea de pueblo, de nación de un grupo con destino histórico común y se programan y racionalizan con un plan las acciones necesarias para realizar ese proyecto. Se vive ya en la polis, en la cual todos los hombres son libres e iguales ante la ley, y como ciudadanos son sujetos que participan en la conformación del poder, su ejercicio, de modo directo o indirecto. En ese punto, ahí, se forma el derecho, según una cierta idea de justicia, y al lado de las costumbres y de los deberes religiosos y morales, se legisla deliberadamente para dar forma y contenido a lo justo.

Después, en un estadio superior, el hombre trasciende lo nacional y lugareño. Se humaniza. Le importa lo que atañe a toda la especie y reconoce a todos los hombres como tales sin discriminación alguna, con capacidades iguales para lograr su propio desarrollo y el de la comunidad, implantando códigos de alcance intemporal y universal que rijan para todos.

Sociabilidad, politicidad y humanidad son las etapas del proceso ascendente que corresponde a la condición humana y, por tanto, se supone que lo jurídico siga esa misma tendencia, ya bajo el impulso de un derecho nuevo o de una respuesta que esté a la altura de los tiempos, cualquiera que sea el signo que se ponga de marca a la propuesta.

En todo caso, una empresa intelectual y pragmática de tanta envergadura, gústenos o no, requiere un cambio de lenguaje y de talante, pues sigue siendo verdadera la aseveración de Susan Sontag, cuando afirma que: "Mi problema es igual a mi lenguaje. Tengo ese problema porque tengo ese lenguaje, y tengo ese lenguaje porque tengo ese problema". Lo que significa que ante el cambio de la realidad humana es necesario cambiar lo jurídico desde su raíz, quizás redefiniéndolo para que adquiriera la dirección y el tono que correspondan a un mundo nuevo, el del siglo que se está iniciando.

**4.2** El lugar de lo jurídico debiera ser el del encuentro cordial de voluntades entre quienes tienen un conflicto de valores o intereses. Esto significa que el derecho no es polémico si se aplica pugnas insolubles. Por el contrario, lo racional es que, ante el conflicto que surge o que se quiere precaver, se agoten instancias como el arreglo directo entre las partes, que es la vía más directa y prudente, ya que en el fondo las relaciones jurídicas se crean y modifican por decisiones vo-

luntarias, o se intente la conciliación en busca de un acuerdo equitativo y satisfactorio para las partes que tienen pretensiones que parecen incompatibles, o se utilice la vía del arbitramento para dirimir la cuestión en derecho o en conciencia por jueces que designan aquellas, a fin de soslayar el traumático paso de acudir al poder judicial del estado en busca de una decisión tardía y costosa, que habría podido ser construida en cualquiera de las etapas antes señaladas.

Se habla, por analogía con la medicina, de un derecho preventivo, que no es más que el poner de acuerdo la realidad, la vida, las situaciones concretas con las soluciones encontradas por las mismas partes de un eventual conflicto o por la aplicación subsidiaria de las leyes que suplen la voluntad individual. Ese es el estado ideal del mundo jurídico, una situación general en la cual el derecho se ha hecho una forma de vida consentida, asumida como la racionalidad actualizada, en donde no hay contradicción entre ser y deber ser, o donde las normas, como si se tratara de una estrategia pedagógica, hubieran conseguido ajustarse a los modos en que la gente vive y realiza las pretensiones que son objeto del derecho.

Ha sido corriente presentar al ser a lo que es real como una fuerza en tensión contradictoria de lo que debe ser, del ser idealizado en las normas jurídicas, y el hombre nuevo, por el contrario, debe ser capaz de superar esa falsa incompatibilidad que haría irreductible lo real a lo jurídicamente debido a esto con aquello, procurando un reencuentro entre derecho y vida, tal como operó en comunidades primitivas, en las cuales la ingenuidad y la sencillez del hombre encontraba natural obedecer, haciendo coincidir su comportamiento con las normas jurídicas.

El distanciamiento entre realidad y normas jurídicas falsea la función de éstas, haciéndolas aparecer autoritarias, imperativas, dominantes,

correctivas o represivas, que no son características propias de lo jurídico en sentido correcto.

El deber ser jurídico ha de aprehender y comprender la realidad regularizándola, normalizándola; a menos que se prefiera que sean la vida, los hechos, las situaciones, en suma, lo fáctico lo que se imponga, dislocando y disolviendo el orden jurídico en particularismos y casuismo dentro de los cuales el concepto de lo jurídico se debilita y extingue, para sociologizarse y politizarse sin remedio.

Desde luego, si el derecho no logra transformar a la sociedad y a los individuos como sujetos conformados por las reglas jurídicas, esto es, si la vida que, por sí misma, es caótica y sin sentido – llena de “sonido y de furia” como hacia el dramaturgo inglés-, o sea, si la vida desintegra y desarticula el sistema jurídico, no se ha obtenido la humanización que tanto se predica.

**4.3** Para comenzar, no se puede continuar haciendo girar el derecho sobre el entendido de que su objeto son las relaciones gestadas por la iniciativa individual espontánea o libre, para contener los bienes y servicios necesarios para la vida diaria; ni tampoco que ese objeto se tiene que traducir necesariamente en el reconocimiento y garantía de derechos y obligaciones exigibles coactivamente.

Esta manera de pensar atribuye al derecho la perversa idea de que su ejercicio es una especie de actividad predatoria, mediante la cual unos se apropian, como de una presa, de cosas y de deberes que obligan a dar, hacer o no hacer algo, en provecho de alguien, que es lo que ha hecho odioso a la ley y a sus operadores. Se cree, además, que en esa actividad siempre gana el más hábil, el más codicioso, el que dispone de medios para contratar a los mejores abogados, el que tiene en su favor la fuerza, la riqueza, el saber, es decir, el poder. Y,

entonces el derecho se degrada y se falsea convirtiéndose en una amenaza o en una traba e impidiendo el goce feliz de lo que cada uno tiene, con la realización eficaz de aquello a que aspira.

Todo, porque olvido su norte. Que es lo justo. Hacer cada uno lo que le corresponde, dar lo que le corresponde dar, dejar de hacer lo que no le corresponde, de modo que se mantenga el status de cada uno, la situación que le corresponde a cada uno frente a la sociedad y a los demás.

Lo que quiere decir que el derecho no es tal si no cuando puede mantener las situaciones individuales y sociales establecidas, que son situaciones en reciprocidad equilibrada, que respetan los sujetos situados en ellas, sin necesidad de acudir al poder político para reestablecer lo que debe ser porque es justo. Es la justeza relativa entre las varias situaciones jurídicas que tienen legitimidad lo que constituye la operación de lo jurídico, cuya consecuencia es la deducción racional de las responsabilidades derivadas de la ruptura de tal equilibrio.

No es desacertado afirmar que el concepto de responsabilidad es el eje de todo el andamiaje jurídico y que, en torno a él, se puede construir la teoría del derecho.

Porque de lo que se trata es de saber quién responde por lo que pasó. Lo que importa es comprobar quién debe corresponder al otro o a los otros, ya que un orden jurídico no es otra cosa que un sistema de correspondencias voluntarias creadas por los sujetos jurídicos para el desarrollo de sus propios fines, sin necesidad de acudir a la ley si no en el caso extremo de conflicto.

Situación, como terreno propio de mi posición jurídica frente a los demás, y responsabilidad, como consecuencia del desorden generado por

el desconocimiento de esas situaciones, deben ser las bases de un derecho nuevo, en el cual los auténticos y primeros operadores de lo jurídico sean los particulares, inmersos en su vida cotidiana, y no los legisladores y los jueces, que significan política, poder político, poder que se apropia de la representación de aquellos y los somete a decisiones que interfieren el mundo de las decisiones libres que pertenecen a los gobernados.

**4.4** El derecho nuevo, al dejar libre al juez para construir soluciones justas y acumularlas en la jurisprudencia hasta convertirlas en regla y fuente de derecho de obligatoria aplicación, ha subjetivizado la operación en que se aplican principios y criterios de pura racionalidad. Pero en la realidad esa subjetivización del derecho degenera fatalmente en una ideologización y consecuente politización. Un juez así, desasido de la ley positiva formulada por un legislador autoritario, termina legislando y, al hacerlo, introduce en sus decisiones su ideología política, sus ideas de lo justo, su propia decisión sobre lo que debe ser. Y, en cooperación con los demás jueces, dirigido por las instancias superiores, crea un orden jurídico nuevo, un nuevo derecho; el derecho de los jueces, distinto, alternativo y, en últimas, oponible al derecho de los legisladores.

Subjetivación y politización que descalifican al derecho como instrumento neutral para dirimir controversias en forma justa, puesto que de lo que se trata ahora, para los nuevos operadores, es de implantar cierto modelo político o ciertas tendencias políticas de la justicia, esto es, de cumplir una función política, de transformar la función judicial enana, función predominantemente política, absolviendo en ella la técnica jurídica, que es lo único que sobrevive de lo jurídico.

Esta situación no es enteramente nueva. Viene de muy lejos. Desde cuando en el ordenamiento jurídico se distinguen el derecho privado y el

público. Porque esa distinción equivale a admitir que, de entrada, hay un derecho político, un área del derecho que es derecho político, y que, por consiguiente, en ese campo, el derecho opera dirigido y auspiciado por el poder político, irresistible como es y armado de la prerrogativa de poder actuar unilateralmente. Con lo cual, queda claro, que se rompe la igualdad y la reciprocidad entre los sujetos de la relación jurídica, dejando en el aire la esencia de lo jurídico, que es la responsabilidad, la corresponsabilidad.

Por tanto, mientras subsista la interferencia de lo público, de la personalidad pública del Estado y la existencia de normas y jueces al servicio de lo público, que es lo político, los operadores tendrán que llevar necesariamente sus ideas políticas a las resoluciones que adopten.

Despolitizar el derecho, entonces, implica, por una parte, dismantelar el orden jurídico, desglosando de su teoría y de su práctica lo que tiene que ver con la política, para liberar a los operadores de la imposición de criterios políticos en sus juicios. Implicaría esto reconocer que el derecho público no es derecho en estricto sentido, sino política, aunque para operarlo, se utilicen procedimientos y técnicas provenientes de lo jurídico, enderezadas a mantener vigente y reforzar el modelo de régimen político en que se apoyan sus disposiciones.

Reconocido que la operación judicial de lo político es una cuestión de poder, que debe ser separada del área propiamente jurídica, tanto en el orden estructural y de organización del estado como en el plano de la normatividad, entraríamos en un proceso de purificación del derecho para impedir su contaminación política. Así, solo se considerarían jurídicas aquellas situaciones configuradas por la libre iniciativa de los particulares en sus relaciones con otros particulares, excluyendo radicalmente toda ingerencia autoritaria para la resolución de los conflictos que pudie-

ran surgir por incumplimientos. De modo que en el funcionamiento del orden jurídico se acudiera al Estado solamente cuando se requiriera el apoyo de la fuerza para ejecutar las decisiones proferidas en plena neutralidad jurídica por los respectivos operadores.

Pensando, de esta manera, el derecho constitucional, el administrativo y sus desarrollos, el penal, serían segregados de la organización judicial para situarlos en un sector de la función pública que no sería el judicial y éste solo resolvería problemas de derecho común que corresponden hoy a las cuestiones civiles, mercantiles y de familia.

Lo contrario es aceptar que todo el derecho es, a la postre, una política del Estado, contenida en las leyes dictadas a este propósito. Pensamiento que no coincide con la pretensión del ND de no cargar la razón y la voluntad de los jueces como operadores de lo jurídico.

**4.5** Un derecho nuevo tiene que descargarse de su carácter antagonista y conflictivo. Debe ser, por el contrario, un derecho que propicie las coincidencias, los encuentros, los reencuentros, las reciprocidades, las comunidades de intereses, la concordia en las relaciones económicas y sociales, un derecho fluido en que los operadores principales sean los sujetos de esas relaciones, los abogados que los asisten o asesoran y, solo eventualmente los jueces del Estado, cuando aquellos no acudan a los instrumentos facilitadores de la solución mediante conciliaciones y arbitramentos.

Un derecho nuevo tiene que partir de que el hombre nació para entenderse con otros cooperativamente, pues, sin la colaboración de los demás no puede lograr sus fines. Y esa coopera-

ción debe ser espontánea o voluntaria y no coercitiva, presionada, impuesta por disposición de la ley, respaldada en la fuerza.

Un derecho nuevo tiene que ser un derecho de acuerdos, de pactos, de contratos, de actuaciones que contienen en caso de conflicto su propia solución racional. Un derecho nuevo debe proscribir el litigio, que es un desgaste psicológico, una pugna innecesaria y costosa.

Debe ser, por tanto, no un derecho de normas, de preceptos, de prescripciones, de prohibiciones, de restricciones, de cerrojo a la voluntad libre, derivadas de abstracciones ajenas a la realidad, en las cuales se encajan a las tozudas situaciones reales que no son reproducción de modelos teóricos.

Un derecho así tiene que fundarse, en principios y valores, abiertos a la plural y variada expresión de la vida, en busca de convergencia y unidad entre realidad y justicia.

Además, tiene que ser un derecho común, de validez universal, adecuado al hombre, a los hombres reales, no a los hombres ficticios que sirven de tipo para normalizarlos, ya en el mundo de la burguesía, hora en el del socialismo.

Un derecho así tiene que ser el fruto de los aportes teóricos y prácticos de todos los operadores jurídicos, esto es, de los jueces, los legisladores, los académicos, los propios interesados en que el orden jurídico sea justo y eficaz, sin privilegiar a ninguno de esos actores de lo jurídico.

Y un derecho nuevo tiene que estar fundado en la confianza y la buena fe, en la capacidad para asumir responsabilidades y en el respeto a la verdad, centrada en la confesión de las partes y la evidencia resultante de lo confesado.

Esa es la utopía, el ideal jurídico, la respuesta del hombre humanizado del siglo XXI que, habiendo cambiado todas las cosas quiere cambiarse así mismo, renunciando al derecho como poder, transformándolo en expresión de libertad y de justicia.

Como toda utopía, ésta tampoco es realizable sin la previa formación del hombre para la justicia, es decir, un hombre que se gobierna sin necesidad de la amenaza de sanciones y que sabe estar donde debe estar, hacer lo que le corresponde y no exigir nada más que lo que es propio para su condición y circunstancia.

Este derecho no se debe confundir ni amalgamar con la ética, la moralidad, la religión, la ideología política, pues será ineficaz e injusto, ya que esos elementos factores diferenciales que dividen a la sociedad y generarán trastornos y anarquía.

El sujeto de este derecho no es otro que el hombre en sí. Ha de eliminarse toda diferencia surgida de raza, estrato social, género, edad, para privilegiar a unos y desfavorecer a otros. “Lo que

corresponde” no alude a elementos adventicios y secundarios de la condición humana. Lo que corresponde es lo que el hombre, cualquier hombre, no puede dejar de hacer, de no hacer, dar y de exigir, sin perder su dignidad y arruinar su vida y crear desorden en la comunidad. Quien obra mal, inadecuadamente, provoca la disolución social y carece de autoridad para sostener sus presuntos derechos.

En suma, el derecho nuevo que debería surgir, tendría que ser un derecho que se deshaga de las taras del viejo derecho, en tanto directa o indirectamente son un reflejo de la ideología del régimen político que constituyen su contexto que produzca sin que lo pueda evitar una justicia sin soluciones sesgadas que responden, como es obvio, a las directrices de ese pensamiento.

Se aspira, entonces, a un derecho puro, neutro, operado en lo posible por sus propios sujetos, común a todos los hombres, que no sea manifestación de poder político y que logre convertirse en una forma de vida, en el cual, los actores de lo jurídico hayan unificado lo justo con lo real.