



Ratio Juris

ISSN: 1794-6638

editor.ratiojuris@unala.edu.co

Universidad Autónoma Latinoamericana

Colombia

Castaño Zuluaga, Luis Ociel  
EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL LLAMADO NUEVO DERECHO  
Ratio Juris, vol. 3, núm. 6, enero-junio, 2008, pp. 101-114  
Universidad Autónoma Latinoamericana  
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761344007>

- 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

# EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL LLAMADO NUEVO DERECHO

Luis Ociel Castaño Zuluaga

**RESUMEN:** El ensayo se ocupa de señalar algunos cambios que se han operado en la concepción que del derecho nacional se tenía, en el campo del público y en particular del constitucional. A partir de los postulados del neoconstitucionalismo resalta el papel de los Tribunales Constitucionales modernos como creadores de derecho y el quiebre de éste y de la jurisprudencia colombiana a partir de 1992.

**PALABRAS CLAVE:** Tribunal Constitucional; Derecho; Constitución; Precedente Judicial; Neoconstitucionalismo; Poderes Constituidos; Tutela Judicial.

**SUMMARY:** The essay is in charge to indicate some changes that it have been operated in the conception that of the national right it was used, in the field of the public, and in particular, of the constitutional one. Starting from the postulates of the neo-constitutionalist it stands out the paper of the modern Constitutional Tribunals as right creators and the breaks of this and of the Colombian jurisprudence starting from 1992.

**KEY WORDS:** Constitutional tribunal; Right; Constitution; Judicial precedent; Neo-constitutionalist; Constituted powers; guide Judicial.

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Adecuando un poco, el decir de Aguiló para el contexto español, no es lo mismo proclamar que la nuestra sea una Constitución democrática, que proponer una lectura y aplicación democrática de su texto<sup>1</sup>. Frente a la primera afirmación, esto es el hecho de que la Constitución sea un documento democrático –por reconocer los principios de la Soberanía Popular, la División de Poderes y las garantías a las libertades públicas y ciudadanas–, no hay ningún problema: políticos y empresarios, gobernantes y legisladores así lo aceptan sin mayores reticencias; pero de ahí a dotarla de sentido y a transformar la realidad a partir de su desarrollo, de la optimización de su mandato, de realmente materializar el sentido de su texto, hay mucho trecho y se empieza

a polarizar la cuestión. La Corte así lo ha comprendido y por ello ha querido trascender las meras formalidades al momento de ocuparse de la defensa del texto constitucional, como fue lo que tradicionalmente realizó, sino que ha querido imprimirle el sello democrático a sus funciones, enfocándose incluso de revolucionaria forma al desarrollo y efectividad de los postulados esenciales de la propia Constitución. Tarea en la que se ha quedado sola, aislada, incomprendida e incluso atacada por los demás poderes del Estado. *“La diferencia radica en que mientras en el primer caso se está diciendo que la democracia es una de las propiedades o características de la Constitución en cuestión, en el segundo se afirma que esa propiedad, la de ser una Constitución democrática, debe prevalecer frente a otras posibles propiedades de esa misma Constitución que pudieran entrar en conflicto con ella. En este sentido, las distintas concepciones de la Constitución en realidad toman una o varias propiedades de la Constitución y elevarlas a la categoría de propiedades “rectoras” de esa Constitución. El garantismo, el procedimentalismo, el mecanicismo, el sustantivismo, etc., en cuanto concepciones de la Constitución no niegan que junto a ciertas propiedades de la Constitución coexistan otras; en realidad afirman que en caso de incertidumbre, indeterminación, conflicto, etc. cierta propiedad de la Constitución debe prevalecer sobre las demás”*<sup>2</sup>.

A partir del año de 1992 se opera en Colombia un cambio de paradigma en cuanto a la concepción de la Justicia Constitucional. Históricamente, desde el momento mismo en que iniciara nuestra andadura republicana, la sociedad se acostumbró a una Constitución enfocada más al rol de lo “político” que al de lo “jurídico” propiamente dicho hasta la presente Carta de navegación, cuyo timonel autorizado, la Corte Constitucional, le ha impregnado un nuevo toque mediante la interpretación y la aplicación de lo jurídico, hasta el punto de que se habla de que puede darse un sometimiento del fenómeno político al jurídico. Cuando la idea del poder político se juridiza,

cuando se atempera, sin traumatismos, al control constitucional, la sociedad tiene abierta las posibilidades de adentrarse por los senderos del garantismo mismo y de asegurarse la racionalidad en el funcionamiento del Estado, dentro de un contexto en el pleno sentido de la teoría política. En términos de Ferrajoli, nos adentraríamos en los senderos del garantismo constitucional.

Este cambio de concepción iusteórica se posibilita a partir de los desarrollos de lo que en el contexto europeo se conoce como el Neo-constitucionalismo, impulsado por autores como Alexy, Dworkin, Habermas, Zagrebelsky, Ferrajoli, Guastini, Prieto Sanchís, Adrés Ibáñez, y, en Latinoamérica, por Nino. Los pilares de esta nueva teoría del Derecho, podría resumirse en los siguientes ítems, recogidos por Prieto Sanchís a partir de los postulados de diversos exponentes:

- “a. Más principios que reglas*
- b. Más ponderación que subsunción*
- c. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria.*
- d. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario*
- e. Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”*<sup>3</sup>.

Estas nuevas ideas carcomieron la vieja estructura que sostenía el edificio ius positivista, formalista, dando paso a un nuevo modelo. Si el modelo de Estado liberal de Derecho o, como también se le conoce, Estado legal de Derecho, gravitó en torno a la idea del imperio de la ley, el modelo de Estado constitucional o Estado social, democrático y de dere-

<sup>1</sup> AGUILÓ REGLA, Joseph. *La constitución del estado constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, pp. 55 y 64.

<sup>2</sup> AGUILÓ REGLA, Joseph. *Ibíd.*, pp.64-65.

<sup>3</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis et al. *“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”* En Neoconstitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell, Trotta. Madrid, 2005, pp. 131-132.

cho, lo hace es en torno al carácter normativo de la Constitución, entendiéndola como “*norma jurídica*” por antonomasia<sup>4</sup>; es decir, como fuente principal del Derecho. Hoy día, a la luz de los desarrollos del derecho actual, es evidente que la Constitución es instrumento jurídico, que además de las normas orgánico-políticas contiene, ante todo, normas y principios jurídicos llamados a ser aplicados por jueces y operadores del Derecho en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento.

## 2. JUEZ Y CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

La Constitución es origen de las normas jurídicas, aunque bien es cierto que no se agotan en ella, ni tienen su creación directa en ella, siempre gravitarán en torno a ella, y de ella dependerán en su validez misma. Esto es, la Constitución es la que legitima la actuación y competencias del Parlamento y del Ejecutivo Nacional, lo mismo que a las demás instituciones que pueden generar derecho, a legisladores y a jueces. A medio camino entre el positivismo kelseniano y el hartiano, la Constitución será siempre el fundamento del Estado y la base de su ordenamiento jurídico social a la vez, esto es, presupuesto de existencia del Estado, de un lado, y de la Sociedad, de otro.

La Constitución no es sólo fuente del derecho sino fuente de las fuentes del Derecho, o lo que es lo mismo, aplicar el derecho es aplicar las normas previstas o posibilitadas por la propia Constitución. Pero no se agota sólo ahí, puesto que también señala bienes que deben ser no sólo promocionados sino garantizados y protegidos normativamente; fines que deben ser perseguidos por el Estado y sus órganos del poder público. Es decir, no sólo establece reglas jurídicas, sino también normas deontológicas y axiológicas, principios y valores, que habrán de orientar no sólo la actuación de los órganos del Estado,

sino que incluso legitiman la posibilidad de emitir juicios jurídicos de validez o de invalidez respecto al espectro normativo que de ella, de la Constitución, se desprendan o puedan girar a su alrededor, como eje central y dimanador de derecho que en realidad es.

Si la Constitución es la fuente de las fuentes del Derecho, si se le concibe como a la principalísima fuente del Derecho, por lo tanto, su depositaria natural no puede ser otra que la Corte Constitucional, con lo que accede, de manera “*sui generis*”, a ser igualmente órgano creador de derecho cuando su actuación excepcional así lo exija en cumplimiento de su misión de hacer efectivo el ordenamiento jurídico. El juez no solamente es un intérprete o un simple aplicador de derecho, ante todo, ha devenido en un creador del mismo. Esta facultad es apenas corolario de su específica función jurisdiccional. Es más, la naturaleza que distingue la actividad del juez del resto de los poderes constituidos es precisamente la facultad de crear normas jurídicas especialísimas. Tanto el juez propiamente constitucional como el ordinario o el administrativo cumplen tangencialmente una “*función legislativa jurisdiccional*”. Como dice la profesora Quintero, “*la tarea que materializa la sentencia jurisdiccional es la de hacer nacer en el ordenamiento jurídico positivo una nueva norma jurídica sustancial concreta e individualizada que es la que en lo sucesivo va a regir la situación que antes era conflictiva. (...) Solamente la sentencia jurisdiccional puede hacer nacer un derecho que no se tenía o hacer desaparecer uno que existía*”<sup>5</sup>.

Modernamente no puede ser entendido como un mero operador jurídico, pues también es político, en tanto que la sentencia resulta ser un acto político en cuanto capaz de completar todo el ordenamiento jurídico, que a la luz del desarrollo de la teoría constitucional europea del momento, no puede ser entendido como patrimonio exclusivo del poder legislativo. Es más, jueces y magistrados, si se quiere, serían

<sup>4</sup> AGUILÓ REGLA, Joseph. Op. cit., pp. 9-10.

<sup>5</sup> QUINTERO, Beatriz Helena. “*Deslinde de lo jurisdiccional*” En: Temas Procesales, N° 9, Mayo de 2002, Medellín, p.91.

operadores jurídicos superiores a los mismos legisladores, o, en palabras de Zagrebelsky, serían los auténticos “señores del derecho”<sup>6</sup>. Algo que ya un autor clásico como Kelsen había planteado, décadas atrás, cuando decía que no había una escisión entre producción y aplicación del derecho: “*Aplicación del derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho. Puesto que si se hace abstracción de los casos límites -la presuposición de la norma básica y la ejecución del acto coactivo-, entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquella de una norma inferior*”<sup>7</sup>.

Idea que con posterioridad otro teórico como Duverger retoma al reseñar que el poder jurisdiccional consistía esencialmente en definir el derecho. Es en los tribunales en donde se precisa el sentido de las normas jurídicas vigentes, su alcance y su aplicación, mediante la interpretación de los textos jurídicos al fijarse el sentido oficial en que deben ser entendidas las normas. Pero su labor no se limita a la aplicación sino que está revestido de poder de decisión, ejecutivo; algo que obliga no sólo a los particulares sino incluso al mismo Estado, a sus órganos de poder, que deben no sólo limitarse a respetar la decisión judicial sino a acatarlas.

Pero para llegar a la etapa de la aplicación, primero hay que surtir la de conocimiento y entendimiento del “corpus” normativo sometido a su decisión y esta es la función esencial de la jurisprudencia, en un Estado de Derecho, aclarar, ilustrar y completar los textos. Desde este punto de vista el juez al aplicar el derecho lo que hace, en ocasiones excepcionales, es crearlo, al precisarlo. “*Los textos no lo reglamentan todo: tienen muchas lagunas, no observan todos los problemas.*

*Ahora bien, los jueces deben siempre “decir el derecho” cuando se les presenta una petición con este motivo; no pueden refugiarse tras el silencio de los textos para negarse a juzgar. Por lo tanto, cuando los textos guardan silencio, los jueces están obligados a elaborar ellos mismos la solución jurídica ilustrándose en las tradiciones, en los trabajos preparatorios de los textos, y sobre todo en los principios generales del derecho. De esta manera su jurisprudencia participa en la creación del derecho, es decir, en la toma de decisiones: no es solamente una interpretación*”<sup>8</sup>.

Un importante ius-teórico del derecho actual como Taruffo, problematiza con acierto sobre la efectividad de la tutela judicial de los derechos, partiendo del estudio de la figura anglosajona del “*remedies precede rights*” y de su equivalente en el sistema del “Civil Law”, como lo es la “*astreinte*” del derecho francés, creada por la jurisprudencia para asegurar la actuación concreta de los derechos y sólo disciplinada por el legislador después de más de un siglo de su práctica judicial. Se detiene en relieves la importancia de la jurisdicción, diciendo que el juez está mucho más abierto y disponible que el propio legislador a captar la esencia de la realidad social. La jurisdicción no sólo declara el derecho que pre-existe, si no que incluso lo crea. Si es el Legislador, quien por lo general hace el derecho, la realidad enseña que sólo los jueces lo afirman y reconocen. Son los tribunales judiciales los que atribuyen dignidad y tutela jurídica en la sociedad a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos que se evidencian en la realidad, a lo que es ajena la acción del legislador. Es la acción del juez la que, luego de un proceso hermenéutico, interpreta y concreta, aterriza y dota de sentido los principios y garantías constitucionales, que en ocasiones aparentemente se difuminan en la amplitud del ordenamiento jurídico. Nos dice este autor que “*la función creadora*” de la jurisdicción es, pues, doble: por una parte, se trata de dar reconocimiento y tutela jurídica efec-

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, Madrid, 1995, p. 150.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, México, 1981, p. 244.

<sup>8</sup> DUVERGER, Maurice. “*El control jurisdiccional de los gobernantes*” En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 319, octubre de 2001, Santa Fe de Bogotá, p.158.

tiva a los derechos; por otra, se trata también, cuando sea necesario, de individualizar los remedios jurisdiccionales precisos para asegurar esa tutela<sup>9</sup>.

En aquellas sociedades donde campea la libertad y la independencia judicial o aún en aquellas en donde el juez se atreve a asumir su función con ética y entereza, cuando rinde culto a la justicia sobre la propia política, es común apreciar cómo el remedio judicial precede en muchas ocasiones al derecho legislado<sup>10</sup>. No puede caber duda alguna hoy día acerca de que la tarea esencial del juez es la de garantizar y hacer efectiva la tutela jurisdiccional, no sólo frente a derechos sustanciales determinados previamente sino incluso frente a situaciones en las que se presenten intereses relevantes que toquen con las garantías constitucionales y que se hagan acreedores a ser tutelados en sede judicial.

El falso principio positivista acerca de que las sentencias de los jueces no crean sino que tan sólo declaran derechos, ha venido a ser revaluado de fondo, gracias a los postulados atrevidos que desde el nuevo derecho se hacen por los doctrinantes y por el eco, acogida e impulso que de ellos hacen los principales Tribunales Constitucionales europeos. Aunque la discusión viene de vieja data por parte de aquellos que estiman que el juez de hecho crea derecho en

sus casos concretos y particulares, apenas recientemente en nuestro medio ha venido a aceptarse de una manera que aún no se generaliza. En este sentido, el profesor Rico Puerta ha expuesto cómo el juez colombiano a partir de 1887 y de 1971 contaba ya con las herramientas necesarias para “crear derecho”: *“No sólo por su calidad de director supremo del proceso y por lo mismo, de la fuente formal de creación, sino por que los artículos 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil, mucho antes que la Constitución de 1991 le reclamaban una interpretación principal sobre la base de sus tres funciones interpretativa, creadora e integradora.*

“A este respecto, no hay duda que la Constitución de 1991 reiteró ese deber con prevalencia y con mayor fuerza vinculante por el carácter de primera norma. “No hay duda tampoco que la Constitución de 1991, le explicitó su compromiso con la dignidad humana, el cual era obvio antes de su vigencia.

“No hay duda tampoco que la Constitución de 1991 ha dotado al juez y a los particulares de unas herramientas idóneas para la declaración o la creación del derecho. La acción de tutela y las acciones populares son prueba de ello.

*“Pero no hay duda tampoco, que algún sector de la comunidad jurídica colombiana tardó cerca de veinte años en captar*

<sup>9</sup> Con mayor grado de precisión, Taruffo señala como “[...], hace tiempo que se ha constatado, desde una perspectiva más realista que la dogmática imperante en Europa, que en muchos casos remedios precede rights, es decir, que sólo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados y reconocidos a través del empleo de los remedios jurisdiccionales. Así se invierte el planteamiento tradicional: la jurisdicción ya no es secundaria o subsidiaria respecto al derecho sustancial, puesto que se convierte en primaria y esencial, ella misma creadora de derecho sustancial.

*“Esto se hace particularmente evidente en la experiencia cotidiana de muchos ordenamientos, en los que el legislador sustancial es incapaz de seguir de cerca la evolución de la sociedad y de sus problemas, y de satisfacer de una manera adecuada la necesidad de derecho que ésta expresa. Corresponde al juez, cada vez con más frecuencia, hacer aquello de que el legislador no es capaz, o sea, atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que la vieja imagen del juez y de su función, si nunca ha sido aceptable, ciertamente ya no es la que corresponde al papel que el juez desempeña en todo caso en que es llamado a decidir. La estratificación del ordenamiento, la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacen así que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho, aunque sólo sea porque es a él a quien corresponde individualizar activamente, formular y justificar la decisión justa en el caso concreto. El juez ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social”. -TARUFFO, Michele. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?” En AAVV, Corrupción y Estado de Derecho, Papel de la jurisdicción, Trotta, Madrid, 1996, pp.140-142.*

<sup>10</sup> Algo posible en aquellos escenarios donde se desenvuelve a su criterio el “Juez Hércules”, de acuerdo con la concepción dworkiniana – o del “Buen Juez”, como lo planteara de forma precursora Magnaud–, pero que es un raro espécimen en el entorno férreamente formalista colombiano, donde el juez es una sombra de lo que debiera ser, asfixiado por los poderes políticos y por los diferentes grupos de presión organizados al servicio del poder económico.

*el real papel creador y transformador del juez que ya se había adoptado a partir del año 1975 en el Código de Procedimiento Civil*"<sup>11</sup>.

En una atrevida y progresista interpretación –para un medio como el nuestro caracterizado por un burdo y extendido culto por el formalismo–, siguiendo esta línea de pensamiento, el ex magistrado de nuestra Corte Constitucional -1993-2001- Gaviria Díaz sostenía que con muy contadas excepciones, en nuestras Escuelas de Derecho tradicionalmente se había enseñado que el Legislador creaba el derecho y que al Juez sólo le cabía aplicarlo. Todo ello dentro de un largo y rígido esquema positivista<sup>12</sup>.

Dicha tradición vino a derrumbarse, en parte, con los planteamientos atrevidos de la primera Corte Constitucional, que recepcionó para el país una hermenéutica nueva para nosotros, pero ya decantada en Alemania, Italia y España, en donde sus tribunales y sus centros académicos aceptaban, sin mayor escándalo, que el Juez también puede ser creador de derecho. La Corte Constitucional colombiana así lo comprendió y se decantó por fallos progresistas que fueron rotulados de “heréticos” por sus detractores.

El propio Gaviria reconoce que no cabe duda alguna, que en una teoría democrática “*el paternalismo judicial repugna a una auténtica democracia*”<sup>13</sup>. Pero ¿qué hacer entonces en una realidad como la nuestra? Pues no es menos cierto que toda teoría política o jurídica debe, ante todo, “*articularse con el contexto social que de ella se contempla*”<sup>14</sup>, para que no resulte mera construcción lógica desligada de los hechos.

La Constitución Política, en un país descuadrado y oprobiosamente injusto como resulta ser el nues-

tro, no deja de ser más que una Carta “*aspiracional*”, justificadamente utópica, que no se puede dar el lujo de ser interpretada de forma conservadora, como la norteamericana o la de un Estado rico y desarrollado. La nuestra debe estimular la superación de un Estado de cosas deplorable. La única interpretación que cabe o que se hace imperiosa es la progresista, hacer lo contrario es ir en contra del ideal de Justicia. Y así lo defendía el profesor Gaviria: “*Un mínimo ingrediente de ética política exige que los propósitos y las metas constitucionales no se conviertan en mecanismos de engaño mediante el consabido expediente de reducirlas a letra muerta. Hace parte de la tarea del juez constitucional (especialmente si su potestad deriva de una Carta irreprochablemente democrática) materializar esos anhelos, sin usurpar funciones del legislador, pero sin connivencia con omisiones jurídicamente incontables pero en contravía del espíritu y letra de la Carta*”<sup>15</sup>.

Resulta casi redundante expresar que el papel que debe asumir el juez del siglo XXI es el de dotar de eficacia a la Constitución misma, y en desarrollo de tal tarea la interpretación a realizar habrá de ser fundamentalmente “*teleológica*”, al modo como la entendía Leibholz. Al respecto nada resulta más evidente que la apreciación que tenía el ex magistrado del Tribunal Constitucional español Rubio Llorente al expresar que “*La Constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz y a los jueces corresponde sobre todo la noble tarea de dotarla de eficacia y a ellos incumbe su interpretación*”<sup>16</sup>.

A una actitud ética y justiciera como ésta, los “*ortodoxos*” la denominan “*activismo judicial*”, así la califican aquellos que nunca han hecho avanzar un ápice el derecho, los amigos de las componendas y de la comodidad, afectos a encontrar siempre la fórmula del compromiso que los hace, o hizo, quedar siem-

<sup>11</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. *Teoría general del proceso*, Comlibros, Medellín, 2006, pp.148-149.

<sup>12</sup> GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *Herejías constitucionales*, Fondo de la Cultura Económica, Bogotá, 2002, p. XIII.

<sup>13</sup> GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *Ibíd.*, p. XIV.

<sup>14</sup> GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *Ibíd.*, p. XIV.

<sup>15</sup> GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *Ibíd.*, p. XIV.

<sup>16</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder: estudios sobre la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 62 (subrayas fuera de texto).

pre bien con los detentadores del poder, aún a sacrificio de la Justicia misma. La Corte Constitucional debe erigirse en la instancia de la Democracia y sobre todo de la Justicia. La ética también debe estar detrás de la jurisprudencia, y es quizás por tal factor que la Corte Constitucional colombiana del período de 1992 a febrero de 2001 resulta generalmente engrandecida, si la comparamos con la tendencia involucionista y hasta decepcionante que se aprecia en la actual y que poco a poco se va decantando por un conservadurismo y una rigidez pastosa en sus fallos.

Una cosa es que la Corte Constitucional deba ser cauta y responsable en la asunción de sus funciones naturales y otra diferente es que se auto limite por temor a provocar las iras y las reacciones de los poderes constituidos, de los políticos o de los empresarios, y, en general, de quienes ostentan poder material en la sociedad; otra cosa es que se torne elitista, en un apéndice del poder mismo o en su instrumento.

La tarea creativa del juez constitucional fue delineada por el discernimiento de la propia Corte Constitucional colombiana, como por ejemplo en la Sentencia de Constitucionalidad 083 de 1995, en la aclaración del voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien consideraba *“(...) importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de una teoría de su responsabilidad política, de conformidad con parámetros normativos y deontológico, de forma que sea posible controlar sus fallos. En este sentido, lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez justifique su decisión en principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado, es una exigencia que no cabe predicar solo en el ámbito extrasistemático -cuando el juez ha agotado ya el arsenal de argumentos del orden positivo- sino que rige igualmente en el plano sistémico o intrapositivo”*.

Perspectiva esta jurídicamente revolucionaria, en la que se sobrentiende que la realidad social debe ser la fuente en donde abreve el creador del derecho, sea este legislador o juez<sup>17</sup>. Lo que conlleva de contera a que se tenga que operar una notoria variación en cuanto a la metodología del derecho a la que tradicionalmente se recurre, obligándola a que no pueda prescindir de un análisis más apropiado y cuidadoso de los datos sociales en lo relativo a las fuentes del derecho<sup>18</sup>. Cambio evidente de perspectiva ius filosófica puesto que en nuestro anterior sistema de fuentes se podía discutir si la Corte Suprema de Justicia creaba o no derecho. Hoy día la discusión está superada y se acepta modernamente, en derecho comparado constitucional, que los Tribunales Constitucionales tienen la potestad de *“crear derecho”*. La Corte Constitucional ha dejado de ser un mero legislador negativo, limitado a sacar del ordenamiento jurídico a ciertas normas que encuentra contrarias a la Constitución, cuando emite *“sentencias interpretativas”* de normas que vinculan a cualquier otro órgano del Estado. E incluso más aún, la Corte Constitucional no se encuentra vinculada al mantenimiento de su propia *“doctrina”*, pues no se puede encorsetar su interpretación. El pleno de la Corte puede variar un precedente propio de la jurisprudencia.

En nuestro país, en el año de 2001 la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad que se había impetrado en contra de una Ley preconstitucional, como es la 169 de 1896 en su artículo 4º, que aunque poca aplicación había tenido presentaba una vigencia ya centenaria. La disposición contemplaba que *“tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo que no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de juzgue erróneas las decisiones anteriores”*.

<sup>17</sup> Para un clásico como Alf Ross resultaba evidente que el Poder Judicial incluso precedía al Legislador mismo, en el sentido en que era el primero que sentía la necesidad de vincular jurídicamente la realidad social, formando su juicio de acuerdo con las reglas de la costumbre.

<sup>18</sup> *“Se considera aquí, de manera nueva, la problemática que plantea cada vez más la sociedad pluralista contemporánea, desde que se cuestiona la competencia exclusiva del legislador para crear normas y desde que se es consciente del papel creativo del juez”*. -PETEV, Valentin. *Metodología jurídica en el umbral del siglo XXI*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 26-27.

La Corte se planteó el problema, a la luz del ordenamiento vigente, acerca de si los jueces inferiores de la jurisdicción ordinaria podían apartarse de las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia como juez de casación. En la Sentencia de Constitucionalidad 836 de 9 de agosto de 2001 mantuvo la vigencia del precepto, pero dictaminando que los jueces estaban obligados –no simplemente facultados– a seguir los precedentes constitutivos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Agregando, como condición de la exequibilidad de la norma, que cuando los jueces se aparten de la jurisprudencia estarán en el deber de exponer en forma clara y razonada los fundamentos jurídicos que los conducen a separarse de la orientación definida por su superior. En tal evento el juez del caso particular se puede alejar de la línea jurisprudencial o del precedente de la propia Corte Constitucional, pues lo contrario implicaría nada menos que “petrificar” no sólo la jurisprudencia sino también el Derecho, cuando lo lógico, lo racional es que ambas deben avanzar al ritmo que evoluciona la sociedad<sup>19</sup>.

El precedente judicial tiene la enorme ventaja de ser más objetivo al precaver al juez fallador, de un caso concreto, de incurrir en subjetividad; se erige en un derrotero ilustrativo que debe ser tenido en cuenta, como referente a seguir, en decisiones posteriores en casos análogos o similares. Ahí radica la importancia y validez de la jurisprudencia y doctrina de las Altas Cortes de Justicia, no sólo por la mayor experiencia que presumiblemente se reputa de sus magistrados integrantes sino, ante todo, por el hecho de que la decisión es colegiada, con un grado de deliberación previa bastante calificado. Allí radica la importancia de las Sentencias de Unificación de la Corte Constitucional o de las proferidas en Casación, en el caso de la Corte Suprema de Justicia. La Corte ha

dispuesto pues, que los jueces no deben fallar sólo conforme a la ley sino conforme a la jurisprudencia, sin llegar, desde luego al extremo de que los precedentes sean absolutamente obligatorios, pero, no obstante, abrió el sendero en esta materia.

Para la Corte Constitucional se da, eso sí, una prevalencia de la doctrina constitucional sobre la doctrina legal: “(...) *si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir al de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de ésta el que prevalece, tal como se desprende con toda nitidez del fallo C-083 de 1995 que, al declarar la exequibilidad del artículo 8º de la ley 153 de 1887, fijó el alcance de la expresión “doctrina constitucional”*”<sup>20</sup>.

Es más, la Corte misma en 1995 había dicho ya que la jurisprudencia constitucional vincula a jueces, so pena de desacato, por lo menos en materia de tutela. “*Si bien la jurisprudencia no es obligatoria, las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia –como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa– sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar*”<sup>21</sup>.

Teóricos de incuestionable importancia, como por ejemplo Dworkin, estiman que la práctica legal, a diferencia de otros fenómenos sociales, siendo argumentativa se debe subordinar a la jurisprudencia y en general a los razonamientos judiciales. Esto es, el derecho se evidencia en la manera como se fun-

<sup>19</sup> Con el hombre y la sociedad normalmente ocurre que las cosas no son predecibles como si pasa con otros fenómenos o casos, y el Derecho se ha concebido es para hombres. El Derecho se ha hecho pensando en los hombres y en sus miserias, en sus pequeñeces y limitaciones, en modo alguno para ángeles o divinidades. Crear normas es fácil si no se atiende a sus efectos en la vida real, de donde resulta que es irresponsable crear normas sin atender a sus efectos empírico-sociales.

<sup>20</sup> SU-327 del 27 de julio de 1995 MP Carlos Gaviria Díaz.

<sup>21</sup> ST-390 del 5 de septiembre de 1995 MP Fabio Morón Díaz.

damentan o se defienden los reclamos. Se requiere, planteaba, de una *“Teoría social del Derecho”*, pero reconocía, al mismo tiempo, que ésta debía ser de naturaleza jurisprudencial, por considerar que los argumentos y razonamientos de carácter judicial eran mucho más explícitos y apropiados que los inferidos por ciudadanos, políticos e incluso por académicos<sup>22</sup>.

El poder del juez ha sido tradicionalmente tan grande en Norteamérica que al decir del autor en comentario, *“las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier otro acto general del Congreso o del Parlamento (...) La ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es”*<sup>23</sup>. Y no por ello se ha acabado o anarquizado aquella sociedad, una de las más viejas y estables democracias occidentales. La Corte Suprema norteamericana con sus decisiones, no pocas veces polémicas, tiene la última palabra en los debates que incluso tocan o afectan a los poderes públicos y no por ello es mancillada o amenazada con ser reformada o reintegrada de manera infame como ocurre entre nosotros. La Corte Suprema ha conducido a aquella sociedad, en ocasiones *“a una revolución social más profunda que cualquier otra institución política haya o pudo haber causado”*<sup>24</sup>. Así fue, por ejemplo, en el caso de la decisión de la Corte de 1954 en la que se dispuso que ningún Estado tenía el derecho de segregar las escuelas públicas por motivos de raza.

### 3. QUIEBRE DEL DERECHO Y DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Audaz fue el paso evolutivo que dio nuestra Corte Constitucional en sus primeros diez años de existencia. A viejos valores jurídicos, a los que preserva, les otorgó nuevos significados bajo condiciones modernas, en una labor inversa a la que tuvieron que efec-

tuar los abogados norteamericanos de la década de 1930, cuando presentaban sus casos a la férrea y pétreo Corte Suprema, quien terminó cediendo a los argumentos de los realistas jurídicos.

Nuestros magistrados –por lo menos los que integraron la primera Corte– a modo de lo que podríamos llamar neorrealistas jurídicos bebieron en la cotidianidad y encontraron que el derecho no sólo está en el Parlamento ni es únicamente lo que a su arbitrio los Legisladores estipulen o desarrollen, sino que también es lo que definan los Tribunales. Esta manera cómo el juez constitucional ejerce, o debería ejercer, su poder en una Democracia es lo que divide hoy en día los criterios nacionales de los académicos, de los ius teóricos, de los políticos o de quienes manejan la simple opinión pública colombiana. Ely ubicó el problema del control constitucional, cuando al referirse a los jueces de constitucionalidad en Norteamérica dice que *“un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo – Presidente de la República y Congreso Nacional en nuestro caso– que no pueden gobernar como lo desean”*<sup>25</sup>.

Es irrefutable que hoy día los tribunales puedan crear derecho, basados en fuentes de interpretación vinculadas a los *“principios fundamentales”* de la Sociedad, la Democracia o la Justicia misma, llenando con ello los baches del Legislativo en su producción normativa. Las normas constitucionales de carácter deontológico y axiológico se erigen en imperativos para gobernantes y legisladores, que en modo alguno los pueden desconocer, sin incurrir en flagrante violación a la voluntad del Constituyente Primario. La ineficacia y poca credibilidad del Legislativo y del Ejecutivo nacional ha ocasionado, por fortuna, un nuevo rol para la rama judicial.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992, p.24.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Ibid.*, p.15 (subrayas fuera de texto).

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. *Ibidem.*, p.16.

<sup>25</sup> ELY, John. *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Santa fe de Bogotá, 1997, p.23.

Un tema de actualidad mundial, como es el de la “*creación judicial del Derecho*”, que extrañamente, entre nosotros, en vez de ser estimulado ha sido atacado por –inclusive– los juristas que antaño ocuparon asiento de primera fila en el teatro de la vida nacional. Ahora que en materia penal importamos instituciones propias del “*Common Law*” con el aplauso de los poderes constituidos y de los grupos dirigentes, con el beneplácito de los gobernantes y legisladores del momento, no logramos entender cómo, cuando se trata de desarrollar algunas ideas o instituciones de este mismo sistema jurídico en materia constitucional o política, provoquen tanta oposición. Por ejemplo, la supremacía de los derechos fundamentales, la implantación de un régimen propiamente parlamentario o el redimensionamiento de la verdadera importancia, independencia y autonomía del poder judicial.

La llamada sociedad cerrada de nuestros juristas que imperó a plenitud hasta 1991 ha venido a abrirse a nuevas escuelas y orientaciones, con la benéfica incidencia de conformar una nueva concepción del Derecho y de la Justicia, que reclaman así mismo un nuevo rol, una nueva funcionalidad en esta sociedad.

El derecho que crea nuestro Parlamento o nuestro Ejecutivo parece ir en contravía del Derecho de los Jueces, quizás porque el primero no se incardina en los nuevos valores constitucionales. Ello ha sido fuente de tensiones. El derecho legal versus el derecho constitucional o judicial. El problema de la creación judicial del derecho ha dado pie para elucubrar, con renovado ahínco, acerca de la legitimidad democrática en sociedades como la nuestra, con un acendrado culto atávico a la ley y al gobernante, a la autoridad y a la razón de la fuerza.

En el mundo actual, gracias a los desarrollos de un Derecho Constitucional internacional, si se nos permite llamarlo así, desde una visión amparada en el Historicismo Constitucional, resulta que más que la fuerza de la simple norma particular, lo que vincula

es la fuerza del Derecho. La norma por sí sola pocas veces resuelve algo. Hay que acudir a la unidad del Derecho mismo para poder resolver conflictos en justicia. Todo en el fondo se reduce a atender a la unidad del Derecho. En palabras de Aguiló, “*la idea de conjunto de normas no agota la imagen que los juristas tienen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otro aspecto central de su qué hacer cotidiano. Todo jurista sabe que la solución de un caso jurídico –aquella a la que se llega al final de un razonamiento jurídico– no es la solución según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Las soluciones jurídicas, en este sentido, no tienen la fuerza de la norma usada, sino la fuerza del Derecho. Es decir, todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho. Este dato obvio explica la fortuna de las conceptualizaciones del Derecho no sólo como conjunto de normas, sino como sistema de normas*”<sup>26</sup>.

Para Dworkin el derecho como tal, la norma jurídica en particular, ante todo debe ser interpretada. La norma y los libros de derecho son silenciosos, ambiguos y confusos por sí mismos. Por ello se requiere de la delicada tarea, desde luego en manos del juez, de dotar de contenido el etéreo y abstracto derecho: “*El razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser. Desde este punto de vista, la estructura y coacción distintivas del argumento legal surgen sólo cuando distinguimos e identificamos las diversas dimensiones, a menudo competitivas, de valor político, las diferentes hebras entretejidas en el complejo juicio de que una interpretación que hace la historia de la ley sea mejor, tomado en cuenta todas las cosas, que cualquier otra*”<sup>27</sup>.

El debate recae, en términos simples, acerca de si los jueces inventan, descubren o encuentran la ley. La respuesta se dará de acuerdo a la concepción que se tenga acerca de si el Derecho válido únicamente

<sup>26</sup> AGUILÓ REGLA, Joseph. Op. cit., p. 21.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 11, prefacio a la obra.

es el legislado o si puede ser desarrollado por los jueces. En esta última perspectiva, la norma jurídica es la lectura que realiza el juez con incidencia en análisis empíricos de la realidad sociojurídica. Ese es el “*Derecho Viviente*”. Lo que se requiere entonces en nuestro medio es una óptica humanista del derecho, no la economicista que es la que mayoritariamente se impone en la conciencia de los operadores del foro. Las sentencias judiciales no se pueden restringir en su alcance en vista de las conversiones monetarias que implicarían.

En todo juicio que se realiza se plantean al menos tres cuestiones: cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y cuestiones entrelazadas de moralidad y de fidelidad políticas. El desacuerdo que puede concurrir entre los jueces y los abogados frente a una decisión determinada no es tanto sobre el Derecho que es, sino sobre el Derecho que debería ser; es decir, su posible desacuerdo teórico es sobre cuestiones de moralidad y de fidelidad, no sobre el derecho mismo<sup>28</sup>.

La posición conservadora estima que los jueces en sus sentencias o decisiones lo que deben seguir es la ley, aplicarla lisa y llanamente, en lugar de mejorarla o de aclararla, de precisar su vaguedad o sus alcances. Quienes participan de esta idea consideran como un acto iconoclasta el osar interpretar la norma, por lo que aquellos funcionarios judiciales atrevidos no dejarían de ser considerados más que como “*los malos jueces, los usurpadores, los destructores de la democracia*”.

Dicho desacuerdo teórico que se da sobre el derecho, concluye con acertada razón Dworkin, “*no es más que política disfrazada*” (...) *Cuanto más aprendemos sobre el derecho, más nos convencemos de que nada importante sobre él es del todo indiscutible* (...) *Para algunos está en todas partes, para el cínico en ninguna. Necesitamos disciplinar la idea Derecho como un habilidad, para ver como la estructura del instinto judicial es diferente de otras convicciones que la gente tiene sobre el gobierno y la justicia*<sup>29</sup>.

La Judicatura es, hoy por hoy, otro centro de producción normativa más, que se ha venido a unir al mítico poder constituyente secundario, al legislador especial, desgastado de forma tan insidiosa en nuestra realidad por el abuso que se ha hecho de él por parte del Parlamento y por la anómala injerencia que al respecto ha tenido un poder ejecutivo hipertrofiado, tan atípico e irresponsable como ha sido el nuestro.

El nuevo derecho que asoma tímidamente en nuestro panorama nacional, que pugna desde hace algunos lustros por imponerse, estima que el juez es creador de derecho, pues es él quien lo dice y a ello se reduce su función esencial institucional<sup>30</sup>. El Derecho se debe decir bien, no de cualquier manera. No basta con exponerlo por vía de autoridad o de tradición, sino que hay que tornarlo dinámico y aterrizado a los casos concretos, a la vida real. El derecho no puede petrificarse, de ahí que sea tan valioso el criterio fundamentado en la racionalidad que tenga o adopte el juez cuando decide, cuando elabora la “*ratio decidendi*” que lo lleva a decidir en un caso concreto.

Después de 1991, hasta cierto punto, el llamado centro de producción normativa ha venido a ser complementado por el papel de los jueces constitucionales colombianos, cuando ejercen control de constitucionalidad sobre la normatividad ordinaria y legal. Algo que encuentra sustento en la rica y productiva experiencia alemana, como por ejemplo se recoge de lo que plantea Böckenförde cuando habla de la “*función teórica-constitucional*”, que en su concepto ha transformado la relación entre la “*legislación*” y la “*jurisdicción constitucional*”, cuando se ocupa de la dogmática de los derechos fundamentales. Encuentra una coordinación y aproximación de la construcción del Derecho parlamentaria y de la realizada por la jurisdicción constitucional. “*La primera deja de ser creación jurídica originaria y se ve degradada a la concretización, la última deja de ser aplicación interpretativa del Derecho para ser elevada a la condición de*

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. Ibid., pp. 16 y 19.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. Ibidem., p.21.

<sup>30</sup> En ello consiste lo fundamental de la S T-569 de 2001, en que deja en claro la fuerza vinculante que puede tener la “*ratio decidendi*”.

*concretización jurídico-creativa. Si los derechos fundamentales representan en su dimensión jurídico-objetiva normas-principios con tendencia de optimización actuantes en todas direcciones y como tales vinculan al legislador, parece evidente el tránsito a la concretización para el legislador (...) De este modo se nivela la diferencia cualitativa anterior entre legislación y jurisdicción. Ambos Legislador y Tribunal Constitucional Federal- ejercen, de manera concurrente, construcción de Derecho en forma de concretización. En esta relación de concurrencia el legislador tiene la preferencia, pero el Tribunal Constitucional tiene la supremacía. Ciertamente el Tribunal Constitucional únicamente ejecuta la vinculación del legislador existente en virtud del artículo 1.3 de la Ley Fundamental ejerciendo funciones de control, pero no constituye tal vinculación. Sin embargo, la fortalece, dado que en la aplicación de la norma fundamental, debido a su propia indeterminación, el Tribunal actúa concretizando y precisamente esta concretización recibe por su parte rango constitucional y vincula de regreso al legislador”.*

Ello da como resultado un cambio en la ordenación de los poderes y una traslación del centro de gravedad entre ellos, hasta el punto de que la dinámica de la vida social se halla en el Tribunal Constitucional, produciéndose lo que el autor referido denomina “*un resbaladizo tránsito*” desde el Estado Legislativo Parlamentario hasta el Estado Jurisdiccional de la Justicia Constitucional<sup>31</sup>.

Lo que afirmamos encuentra su sustento en principios constitucionales, que son por lo tanto, normas de normas, y que vinculan al juez a un deber de obediencia y acatamiento, en un sistema, en un Estado constitucional, en un Estado social, democrático y de derecho, como se presenta el nuestro: la sujeción a la Constitución y al Derecho, a la Justicia<sup>32</sup>.

Hoy resulta innegable que el proceso judicial al concluir en un fallo o sentencia, es susceptible de ser entendido como una “*norma jurídica*” que vincula. Desde este punto de vista, la actividad judicial es productora de normas. Es más, norma no es únicamente lo que se contiene como obligatoria y vinculante en el fallo, sino que incluso se corresponde a lo expuesto en la “*ratio decidendi*”<sup>33</sup>.

Los jueces, según expone Asis Roig en la doctrina española, tan cercana a nosotros, son creadores de dos tipos de normas, una de carácter general y otra individual<sup>34</sup>. Ya no se puede ocultar que el Derecho como ordenamiento es una realidad interpretativa, es decir, en toda la labor del operador jurídico habrá siempre una interpretación de la realidad. El juez que requiere la sociedad actual no puede quedar atrapado en el gusto de las generaciones pasadas. El nuevo juez por el que se clama no puede ser como los caballos cocheros que atienden a una realidad o panorámica social restringida por las anteojeras que le impusieron desde los fulgores de la Revolución francesa –y aún desde antes, desde las tesis montesquianas–; el juez no puede tener por norte ciego en su derrotero operativo cotidiano lo que le señalen sus superiores jerárquicos inmediatos, además deben racionalizar jurídicamente sus decisiones, no sólo emitirlas amparados en el criterio de la autoridad orgánica; deben interpretar la norma y las decisiones previas que puedan darse y no solamente aplicarlas mecánicamente.

#### **4. LOS JUECES Y JURISTAS “GOLONDRINA”, EXPOSITORES DEL NUEVO DERECHO.**

Nuestros juristas, poco a poco se van desprendiendo de antiguallas conceptuales, de clásicas tesis que ali-

<sup>31</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 12-131 (subrayas fuera de texto).

<sup>32</sup> Cfr. ASIS ROIG, Rafael de. *Jueces y normas, la decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Pp. 82-104.

<sup>33</sup> ASIS ROIG, Rafael de. *Ibid.*, pp. 13 y 15.

<sup>34</sup> ASIS ROIG, Rafael de. *Ibidem.*, p. 17.

mentaron durante mucho tiempo al constitucionalismo de tipo liberal. Incluso jueces de tribunales menores se atreven valerosamente a adoptar el esquema de que la realidad es fuente de derecho <sup>35</sup>. Así, por ejemplo, Nanclares Arango esboza el nuevo tipo de magistrado atemperado con el nuevo derecho y lo describe de manera sencilla pero enfática: *“El juez de ahora no puede actuar de espaldas a la realidad y a la situación concreta de los hombres sometidos a juzgamiento. Ahora es la realidad la fuente del derecho por excelencia. El Juez no puede ponerse una venda en los ojos. Ahora debe ser un hombre diestro en las tareas manuales propias de su función, pero sin echar de menos su capacidad argumentativa ni olvidar la sensibilización permanente de su corazón”*<sup>36</sup>.

El juez que hoy día se exige no puede ser de “mármol”, frío y distante, ajeno a la realidad social, una máquina de producción de decisiones “adocenadas”, ni tampoco un juez de “plastilina”, maleable a las presiones o sugerencias del poder, con un gran culto por el “fetichismo de la ley”. Debe ser un ser imaginativo y creativo a la hora de aplicar u otorgar el derecho. Por su boca ya no se expresa sólo la ley<sup>37</sup>, creación del rey, del legislador o del Estado, sino el Derecho en sí, como producto social que vincula al mismo Estado, en cuanto es o puede ser anterior al mismo.

El nuevo tipo de juez, como una especie de neorrealista –si se nos permite denominarlo así–

enriquecido por su capacidad imaginativa, *“cree que la realidad, y no la ley ni la jurisprudencia, es la fuente del derecho por excelencia. El juez, en esta concepción, actúa a manera de antena receptora de los factores determinantes de los comportamientos humanos. Es un juez ensamblado en la madera de un hombre integral. Además de jurista, es un político en la acepción honorable y refinada del término. Por eso sus decisiones, en lo posible, no están orientadas a incidir, mediante filigranas formales, en el desarrollo de la interpretación legal por la interpretación legal misma. Su principal parapeto es la Constitución Política. Desde esa trincheira, se esfuerza porque sus fallos trasciendan más allá de la legalidad. En su concepción, sus decisiones deben contribuir a jalonar el desarrollo de las relaciones sociales y económicas de la sociedad. Su ideal es promover el cambio social. Desde su función, aspira a contribuir a la tan esperada y aplazada reconciliación entre la Constitución y la ley”*<sup>38</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se ha operado pues, un vuelco sustancial en la manera como puede ser concebida la norma jurídica a partir de la expedición de la Carta Política de 1991 y sobre todo de los desarrollos ius teóricos generados a partir de la polémica jurisprudencia de nuestra primera Corte Constitucional. Hay un antes y un después de los desarrollos realizados por este órgano encargado del control jurídico y de la recepción que ha hecho de la doctrina extranjera frente a las fuentes y a la legitimidad de la creación del Derecho. Se

<sup>35</sup> Jueces y juristas “golondrina” porque aunque pocos en número se mueven en contra de la abrumadora corriente formalista, asumiendo con estoicismo el grado de incompreensión que generan, pero convencidos de su razón. So pena de llegar a ser un incomprendido, el juez deviene en un creador de derecho mediado por la Justicia. La decisión de fondo habrá de ser el resultado de un proceso garantista, estrictamente ceñido a la preservación de los derechos fundamentales y centrada en torno al estricto derecho, en la línea de hacer factible el Estado social. El profesor Agudelo Ramírez, en la senda de estos planteamientos considera que la jurisdicción es *“una actividad creadora de derecho, que no se puede ver limitada a aplicar ciegamente la legalidad so pretexto de proteger seguridad jurídica. La legalidad es tan solo una manifestación de la seguridad jurídica y no debe agotar el ámbito del fenómeno jurídico. Lo que importa es que toda decisión jurisdiccional puede ser fundada en derecho, imperativo mismo de la seguridad jurídica; aunque éste soporte ha de estar siempre medido por la justicia [...] Las normas elegidas como fundamento a las decisiones judiciales no son meros presupuestos y deben ser sometidas a un proceso de adecuación que exija un trabajo arduo de interpretación, aplicación y posterior creación frente al caso concreto. Desde la doctrina de Kelsen entre la actividad creadora de la legislación y la jurisdicción se encuentra una diferencia más de tipo cuantitativo que cualitativa, en cuanto a que el vínculo del legislador con la Constitución resulta ser más débil que la de un órgano judicial con relación a la norma legal, siendo más libre el legislador para crear que el juez”*. AGUDELO RAMÍREZ, Martín. *Introducción al estudio del derecho procesal*, Señal Editora, Medellín, 2004. pp. 238-239.

<sup>36</sup> NANCLARES ARANGO, ANDRÉS. *Los jueces de mármol*, Señal Editora, Medellín, 2004, p.15.

<sup>37</sup> Siguiendo el patrón montesquiano, *“la bouche qui prononce les paroles de la loi, un pouvoir en quelque façon nul”*.

<sup>38</sup> NANCLARES ARANGO, ANDRÉS. Op. Cit., pp. 21, 22, 31 y 33.

da una visión antes de la norma y una visión o, mejor, un sendero que apenas empieza a ser recorrido por los jueces y tribunales secundarios. Nuestro sistema jurídico contempla el Principio de Legalidad, que en el fondo no hace más que sujetar a derecho la

actividad de los Poderes Públicos del Estado. De ahí que el Poder Judicial esté regulado por el derecho, más que por los influjos políticos, e incluso, el Congreso Nacional, de donde emana toda la producción normativa, en última instancia, debe someterse al marco jurídico que le permite su actividad política.

## BIBLIOGRAFÍA

- . AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Señal Editora. Medellín. 2004.
- . AGUILÓ REGLA, Joseph. La Constitución del Estado Constitucional. Palestra-Temis. Lima-Bogotá. 2004.
- . ASIS ROIG, Rafael de. Jueces y Normas, la Decisión Judicial desde el Ordenamiento. Marcial Pons. Madrid. 1995.
- . BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Escritos Sobre Derechos Fundamentales. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden.1993.
- . DWORKIN, Ronald. El Imperio de la Justicia. Gedisa. Barcelona.1992.
- . DUVERGER, Maurice. “El Control Jurisdiccional de los Gobernantes” en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. N° 319. Octubre de 2001. Santa Fe de Bogotá.
- . ELY, John Hart. Democracia y Desconfianza. Universidad de los Andes. Santa fe de Bogotá. 1997.
- . GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Herejías Constitucionales. Fondo de la Cultura Económica. Bogotá. 2002.
- . KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, México, 1981.
- . NANCLARES ARANGO, ANDRÉS. Los Jueces de Mármol. Señal Editora. Medellín. 2004.
- . PETEV, Valentín. Metodología Jurídica en el Umbral del Siglo XXI. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.
- . PRIETO SANCHÍS, Luis et al. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial” En Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005.
- . QUINTERO, Beatriz Helena. “Deslinde de lo Jurisdiccional” En Temas Procesales. N° 9. Mayo de 2002. Medellín.
- . RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General del Proceso. Comlibros. Medellín. 2006.
- . RUBIO LLORENTE, Francisco. La Forma del Poder: estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- . TARUFFO, Michele. “La Justicia Civil: ¿opción residual o alternativa posible?” En AAVV. Corrupción y Estado de Derecho. Papel de la jurisdicción. Trotta. Madrid. 1996.
- . ZAGREBELSKY, G. El Derecho Dúctil. Madrid, 1995.
- . Sentencias de la Corte Constitucional colombiana: SU-327 de 1995; ST-390 de 1995; S T-569 de 2001.