

# El Juez Legal y la Constitución Política de 1991

Álvaro Diego Arbeláez García\*

**Resumen.** El presente artículo pretende dar cuenta de las dificultades que enfrenta el juez colombiano al momento de dictar una sentencia, señalando los diversos roles que puede asumir, y señalando el tránsito que ha recorrido el juez desde el Estado Liberal hasta el Estado Constitucional.

**Palabras Clave:** Juez, Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, Neo constitucionalismo, precedente judicial.

**Abstract.** The present article tries to give account of the difficulties that faces the Colombian judge at the time of dictating a sentence, indicating the diverse rolls that can assume, and indicating the transit that has crossed the judge from the Liberal State to the Constitutional State.

**Keywords:** Judge, the rule of law, rule of law, Neo constitutionalism, judicial precedent.

## Preámbulo

El modelo de Estado adoptado en la Constitución Política de un país, determina el papel que debe desempeñar todo operador jurídico. Como sujeto participe en la construcción de dicho modelo, el juez ordinario no escapa a esta tarea. Identificar el papel que ha asumido el juez ordinario colombiano, podría contribuir, en gran medida, a descifrar la realidad de la Jurisdicción Ordinaria, en lo que respecta a sus decisiones, y tratar de vislumbrar si para el momento actual, los jueces colombianos fallan conforme a la Constitución.

---

\* Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Procesal con énfasis en Oralidad, de la Facultad de Derecho de la U.de.A.

**Recibido: septiembre 22 de 2010. Aprobado: diciembre 1 de 2010**

Dicho planteamiento surge de la sospecha, quizás infundada, de que el juez colombiano, en especial el “Ordinario”, no ha asumido el rol que el nuevo modelo de Estado le impone desde la Constitución Política.

El presente artículo aspira a dar cuenta de algunas inquietudes propias de un iniciado en el tema de La Decisión Judicial, en un intento por descifrar cómo el juez colombiano decide, en tanto se acerca o se aleja del modelo de Estado establecido en la Constitución Política de 1991.

Se pretende dar cuenta, de manera muy sucinta, la evolución histórica del papel que ha desempeñado la figura del juez, teniendo en cuenta el paso del clásico Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, adoptado por la Constitución Política de Colombia de 1991. Todo ello, con el fin de observar si el juez colombiano ha superado el lastre que arrastra desde la revolución francesa, época en la cual al juez no le era dable interpretar la ley, sino únicamente ser la boca del legislador a través de la cual se decía el derecho, o por el contrario, hoy asume un papel diferente y protagónico en la construcción de un Estado diferente.

El papel del juez como creador de derecho, ha presentado diversas formas, según la tradición jurídica de la cual hablemos, no es lo mismo el papel que desempeña el juez en la tradición jurídica del “*common law*” que en la escuela Romanista, a la cual se encuentran adscritos los países latinoamericanos, más aún, el proceso de Constitucionalización del Derecho, mediante el cual se empezó a considerar la Constitución como norma suprema, trajo como consecuencia, que la misma haya dejado de ser un listado de postulados deseables, para ser aplicados en el terreno práctico.

Con el advenimiento de las Constituciones modernas y con la idea de considerar la Constitución como norma superior y vinculante, el Juez adquiere un rol diferente

como operador jurídico, y de contera surge una crisis en la concepción tradicional de la jerarquía en fuentes del Derecho.

El hecho de que las decisiones judiciales se tomen de conformidad con los Principios y valores establecidos en la Constitución, nos lleva a reconocer que el Derecho hoy en día, más que un “texto legal”, es lo que dicen los jueces a través de sus decisiones, pues la norma como tal, se materializa a través de las decisiones judiciales y, de esa manera, el juez se convierte en protagonista del modelo de Estado Social de Derecho adoptado en nuestra Constitución, lo que contribuye, de forma efectiva, en su edificación o en su decaimiento.

### **1. Estado Liberal de derecho y Estado Constitucional**

El Estado Liberal de Derecho, tradicionalmente, se ha caracterizado por la separación de poderes, los derechos de los ciudadanos y el principio de legalidad, por ser el pilar de este modelo de Estado denominado “imperio de la ley”, por lo que entiende la palabra ley, como la máxima expresión de la voluntad general, que reduce el “Derecho” a la ley, al considerarla como fuente primigenia del derecho y, así, somete a las demás fuentes de derecho a un plano secundario. Todo ello, como consecuencia de que la soberanía de la Nación emana del pueblo representado en el Parlamento. Este principio de legalidad incide en el principio de división de poderes, propio de la revolución francesa, el cual establece un orden jerárquico entre los distintos órganos estatales, que someten el poder ejecutivo y judicial al del legislador.

No en vano, desde una óptica clásica, se ha considerado al Estado Liberal de Derecho, como aquel modelo político en el cual, el legislativo y el ejecutivo son los únicos poderes reales, pues se reduce la división de las funciones del Estado a dos: una función creadora de derecho (función legislativa) y otra aplicadora del derecho

(función ejecutiva), que forma parte de esta última, la función judicial. Tal concepción de separación de poderes atribuía un rol al juez de administrador y dependiente del poder ejecutivo, y bajo esta condición decidía.

En teoría, es preciso afirmar que el juez era independiente, pero en realidad, lo era únicamente para aplicar la ley tal y como había sido promulgada por el legislador. No debe olvidarse que el Estado de Derecho hunde sus raíces en la revolución francesa, cuya ideología se caracterizó por un marcado antijudicialismo, ya que en aquella época existía un marcado recelo ante el poder judicial, por lo que se consideraba a los jueces como potenciales adversarios de los logros de la revolución. Es por ello, que la aspiración del régimen político del momento apuntaba a que la actividad de los Jueces, fuese simplemente mecánica, que se limitara a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

Por su parte, el positivismo jurídico, teoría preponderante para la época, asignó al juez un papel mecánico, mediante el cual el Derecho se aplicaba a través de un procedimiento silogístico - deductivo, limitándose a mediar entre la norma y la realidad, lo que supone, además, que el juez debería mantener sus valores, ideología y cultura al margen del proceso, mediante el cual elaboraba sus decisiones.

Cuando el Estado Liberal de Derecho cambia por el Estado Constitucional, el papel del juez cambia y se comienza a reconocer que existe un margen de interpretación y de creación del Derecho en la actividad judicial. Sólo en el momento de dicho reconocimiento, el papel del Juez se torna en principal, no ya secundario y mecánico. Cada Estado ha ido asumiendo dicho tránsito, y sólo en aquellos que lo han adoptado decididamente, la ley empieza a perder su carácter supremo, para someterse y limitarse al contenido del texto constitucional.

Una de las características del Estado Constitucional sin duda alguna, es la sobrevaloración de la Constitución y la infravaloración de la ley, el tránsito del Estado Liberal concluye con la desmitificación de la ley. A este proceso, bien podría llamarse el proceso de Constitucionalización del ordenamiento jurídico.

En el Estado Constitucional, la protección de los Derechos Constitucionales, tanto individuales como colectivos, se esperan ya no del legislador sino del juez, lo que implica una modificación en la tradición secular de la Dogmática Nacional, en lo que respecta a las fuentes del Derecho, las cuales parten del modelo de Estado Social de Derecho, que se consagra en la Carta Política de 1991. En dicho modelo de Estado, a la legitimidad “formal” de la ley se le ha añadido la legitimidad “sustancial”, quiere ello decir, que la ley debe ser interpretada, de manera coherente, con el contenido de los mandatos constitucionales. A este respecto, la Corte Constitucional se ha manifestado en los siguientes términos:

Luego una disposición del derecho positivo colombiano, a partir de la definición del Estado social de derecho, es aplicable sólo cuando reúna dos requisitos: que formalmente haya sido expedida de manera regular y que materialmente sea conforme a los valores y principios fundamentales de la Constitución. El operador jurídico debe realizar este doble examen al momento de interpretar una norma vigente (Corte Constitucional, S. C-104, 1993)

Ahora, si bien para el caso Colombiano el artículo 4 de la Constitución Política de 1991 ha consagrado el principio de la supremacía de la constitución, del cual se desprende el deber de interpretar todo el ordenamiento jurídico, en su integridad, a la luz de los principios y preceptos constitucionales, no por ello se puede decir que ha desaparecido el principio de legalidad, mírese no más cómo el artículo 230 de dicho estatuto superior, establece que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

Sin embargo, dicha facultad de aplicar la Constitución, de preferencia sobre la ley, no es absoluta, se puede inferir claramente que sólo se le permite al Juez crear derecho, cuando no exista norma aplicable al caso concreto, cuando existan lagunas, pero, también, se le permite inaplicar una norma legal, cuando, abiertamente, sea contradictoria con la Constitución, fenómeno jurídico que se conoce como la “inaplicación por excepción de inconstitucionalidad”.

Es importante dejar en claro, que la facultad otorgada a todos los jueces para juzgar la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto, que los autorizan para inaplicar la ley que resulte violatoria de la constitución, corresponde al sistema difuso de control de constitucionalidad, adoptado en nuestro ordenamiento, pero es preciso aclarar que dicha facultad, no fue una invención del constituyente de 1991. Los antecedentes de dicha institución se remontan a la ley 57 de 1887 y a la reforma constitucional de 1910. El artículo 5 de la mencionada ley establecía que: “cuando haya incompatibilidad entre una disposición Constitucional y una legal, preferirá aquella”. Por otra parte, el artículo 40 del acto legislativo número 3 de 1910, le dio consagración plena a la inaplicabilidad, al establecer que: “En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

En la actual Constitución Política, en su título VIII “De la rama judicial” no se dijo absolutamente nada sobre la facultad del juez ordinario para inaplicar la ley. Nuestra carta se limitó a consagrar en su artículo 4 el principio de supremacía de la Constitución o de la suprema fuerza normativa de la misma. Por su parte la ley estatutaria de justicia en su artículo 43 le atribuyó la condición de Juez Constitucional a: los magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, cuando conocen de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, de los decretos dictados por el gobierno nacional y, excepcionalmente, para cada caso concreto, a los jueces ordinarios cuando resuelven acciones de tutela o las demás acciones previstas para

la protección y aplicación de los derechos constitucionales. Dicha ley no incluyó la excepción de inconstitucionalidad, pero la posibilidad de que los jueces inapliquen la ley, deviene de la consagración del principio de la suprema fuerza normativa de la Constitución.

Que el Juez ordinario aplique e interprete la ley conforme a la Constitución Política, o que considere la ley como valor supremo, refleja una posición política y una mayor o menor contribución a la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho, dicho de otra manera, si el Juez al momento de proferir sus decisiones, considera que solo se encuentra sometido al “imperio de la ley” entendiendo ésta, como la norma expedida por el legislador, o si por el contrario considera la “ley” como norma en sentido amplio, considerando la Constitución Política como la “ley superior”, de ello dependerá en gran medida la adopción de un Modelo de Estado en particular, por parte de los Jueces de la República.

## **2. Constitucionalización del derecho**

El período que sigue a la primera guerra mundial se caracteriza, de un lado, por una crítica al Estado legal de Derecho, cuyo formulismo le convierte, según sus críticos, en un defensor del orden y del sistema de intereses establecidos, y frente al que se postula un Estado de Derecho de contenido social. Y de otro lado, se abre paso la tendencia de considerar la Constitución como una norma verdaderamente jurídica y que, por consiguiente, ha de estar dotada de las debidas garantías Constitucionales, pues un Derecho cuya validez no pueda postularse ante los tribunales no es un verdadero Derecho. El resultado institucional de este criterio es el establecimiento de Tribunales Constitucionales, primero en Austria y luego en Checoslovaquia y España.

Según Paolo Comanducci (2005, p. 1), Se trata de un proceso al término del cual, el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución. Afirma este autor, que un Derecho Constitucionalizado se caracteriza por una Constitución “invasiva”, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Es así como, según a Guastini (2005), citado por dicho autor, indica las principales condiciones de una Constitucionalización del Derecho:

- 1) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).
- 4) La “sobre interpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- 6) La interpretación adecuadora de las leyes.
- 7) La influencia de la Constitución sobre el debate político.

En conexión con el desarrollo de la Constitucionalización del derecho, surge una corriente doctrinaria denominada “Neo constitucionalismo contemporáneo”, el cual pretende superar al *positivismo jurídico* y al *iusnaturalismo*. Comanducci, por su parte, seguidor del Neo constitucionalismo, traslada un conocido esquema usado por Bobbio, para analizar el positivismo jurídico (como teoría, como ideología y como enfoque o método) a la obra de los autores que suelen considerarse así mismo como “constitucionalistas” para explicar dicha corriente.

La homologación que hace Comanducci de la clasificación de Bobbio, permite evidenciar las diferencias entre Constitucionalismo y Neo constitucionalismo. En palabras del autor italiano, el primero se ha caracterizado por ser esencialmente una ideología dirigida a la limitación del poder, teniendo como trasfondo el iusnaturalismo.

A continuación, me permitiré hacer un resumen de la tesis del autor italiano, por lo novedoso de su postura y por la pertinencia para los fines del presente artículo.

Según Comanducci, el Neo constitucionalismo como teoría del Derecho aspira a describir los logros de la Constitucionalización del derecho, en virtud de ello, hoy no sería sostenible defender tesis como el Estatalismo, el Legicentrismo o el formalismo interpretativo, y agrega que, para hacer entendible dicho sistema jurídico, habría que decir que el Neo constitucionalismo, sería el positivismo jurídico de nuestros días.

Explica el profesor Italiano que, uno de los rasgos distintivos del Neo constitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional) es, sin duda, la tesis según la cual, la interpretación constitucional como consecuencia del proceso de Constitucionalización del derecho, presenta hoy algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley. Las diferencias respecto a la interpretación constitucional dependerán del modelo de Constitución que se adopte, bien sea el modelo axiológico de Constitución como norma o el modelo descriptivo. Bajo el primer modelo, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho, sino como una ideología y bajo el segundo, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley.

El Neo constitucionalismo ideológico por su parte, no se limita tanto a describir los logros del proceso de Constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En este específico sentido, el Neo constitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley. Hoy sería obligación moral de obedecer la Constitución.

Finalmente, el constitucionalismo en cuanto enfoque metodológico, al sostener la mencionada tesis de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral, se opone al positivismo jurídico metodológico y conceptual basado en la idea de que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser. Los constitucionalistas piensan que los principios constitucionales pueden verse como un puente entre el Derecho y la moral y que cualquier decisión jurídica (en particular, la judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral.

Pero, esto le parece a Comanducci rechazable. Si se interpreta como tesis descriptiva, es falsa, porque los jueces justifican sus decisiones, ofreciendo razones, que son normas jurídicas y no morales. Y, si se entiende, como tesis teórica, además de tautológica, pues los autores constitucionalistas, asumen que, toda justificación última en el dominio práctico, está constituida por una norma moral, sería insostenible o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos.

A propósito de la Constitucionalización del Derecho en Colombia y de la inclusión de la cláusula que definió a nuestro país como un Estado Social de Derecho, resulta bien importante a mi modo de ver, el alcance y la interpretación que hizo la Corte Constitucional en la sentencia T- 406 de 1992, al punto de considerarlo como un referente complementario de las implicaciones que trajo consigo la Constitucionalización.

Explica la Corte Constitucional en la referida sentencia, que el término "social", agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como "una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado", indica que el alcance de dicha expresión puede ser descrito desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero,

suele tratarse bajo el tema del Estado Bienestar y lo segundo bajo el tema de Estado Constitucional Democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto, lo que quiere decir que ambos criterios se complementan.

Ya el profesor Manuel Aragón Reyes (1989), quien es citado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 406 de 1992, explica claramente que: el Estado Bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista, el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de Derecho y no simplemente de caridad. En tanto que el Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado, dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta, institucionalmente, a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder, y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

Enseña la Corte, magistralmente, en dicha sentencia que estos cambios en la definición del modelo de Estado han producido en el Derecho, no sólo una transformación cuantitativa, debido al aumento de la creación jurídica, sino también, un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el

Derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: Pérdida de la importancia sacramental del texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular, y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del Derecho Constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. He aquí, la enorme importancia que adquiere el juez en el Estado social de derecho.

### **3. Tipos de jueces**

Continuando en la línea directriz que me he propuesto en el presente artículo, nada más conveniente que presentar los diversos tipos de jueces que se podrían tipificar, conforme al modelo político imperante del momento, y para ello me valdré de los planteamientos que a este respecto ha hecho el profesor Juan Antonio García Amado (2006).

Este recuento histórico constituye una ambientación propicia, antes de pasar a hablar de la importancia, que la figura del precedente judicial ha adquirido en nuestro país, sin que ello quiera decir que los diferentes tipos de jueces a los cuales se hace alusión, correspondan estrictamente a cada modelo de Estado o teoría jurídica imperante en cada época, pues es posible que, aún hoy, existan muchos jueces, que se correspondan con alguna de las figuras que a continuación refiero, pero la verificación de dicha posibilidad, se la dejo al lector.

#### **3.1. El Juez Autoridad**

Un primer juez que actuaba por delegación del soberano, en razón de ello, los jueces no tenían que motivar sus sentencias, o mejor aún, no podían motivar, puesto que

sus decisiones constitúan un ejercicio de autoridad del monarca, a través de la figura del juez, a este modelo se le denomina juez autoridad.

Por fortuna, para nuestro tiempo, la Decisión Judicial no corresponde a un ejercicio de autoridad, sino a un ejercicio de la razón. No obstante, los avances en la teoría jurídica y en los modelos de Estado, respecto del proceso de elaboración de la decisión, el juez se torna discrecional y además primero decide y luego justifica, a este respecto Duncan Kennedy (1999), junto con Benjamín Cardozo (2004), explican las dificultades que afrontan los jueces al momento de tomar sus decisiones.

### **3.2. El Juez Salomónico**

Aparece ante la audiencia, el juez salomónico, juez al que se le pide que ante todo haga justicia del caso concreto. A este juez se le demanda más que el apego a la ley, que busque la justicia al caso concreto. Para la época del liberalismo clásico, la proclama de dicho juez constituía una radical oposición al modelo que imperaba en el momento. Uno de sus precursores fue el francés Messier Vileir, hasta que dicho modelo se concreta en la obra de Gustavo Zagrebelsky (1995), en su obra *Derecho Dúctil*. Postura que, para la tesis política del momento, constituía un socavamiento de la figura del legislador.

### **3.3. El Juez Máquina**

El juez Máquina, es aquel en el que pensaba y creía el Formalismo Positivista del siglo XIX, es el tipo de juez que no crea, que está absolutamente determinado por las palabras del legislador, que se limita a hacer puros silogismos, que subsumen el caso que enjuicia bajo los términos de la ley. Este tipo de juez se corresponde con la idea de racionalidad del legislador, presente en las construcciones de la escuela de la exégesis en Francia, después de la promulgación del Código de Napoleón. Para esta escuela, el legislador es perfecto, no se equivoca, conoce las necesidades sociales y sabe dar recetas adecuadas en forma de ley; el juez, por su parte, es un

mero aplicador de la ley, sobre todo porque ella es clara, no contiene antinomias, no contiene lagunas, en conclusión todos los elementos le vienen dados al juez.

Para infortunio de nuestros tiempos, conforme con la práctica litigiosa de quien escribe estas líneas, he percibido que algunos jueces colombianos se comportan como el “Juez Máquina”, son jueces que consideran que su actividad está determinada fundamentalmente por la ley. Son jueces que, a mi modo de ver, ignoran el proceso de constitucionalización del derecho y el alcance que la Corte Constitucional le dio a la expresión “Estado Social de Derecho”, pues, en muchas de sus decisiones, parece que desconocen la transformación que en materia de fuentes del Derecho ha explicado la Corte Constitucional.

Olvidan algunos jueces, o no han comprendido aun, que la Constitución Política de 1991 consagra un conjunto de valores y principios materiales que apuntan a la conformación de un orden social justo, según se desprende del preámbulo, de los principios fundamentales y de la carta de derechos.

El Juez Máquina desconoce, con sus decisiones, un modelo de Estado social, al cual, ontológicamente se le atribuyen dos calidades esenciales: Una sujeción formal y una sujeción material del Derecho, a unos contenidos sustanciales, la primera íntimamente relacionada con la validez, y la segunda a la justicia.

### **3.4. El Juez humano demasiado Humano**

A este tipo de juez, el profesor Español García Amado lo denomina así, porque en dicho modelo se parte de una premisa, que el juez no es ningún ser mítico omnisciente por definición, sino que es un sujeto como cualquier otro ser humano, que va a decidir guiado por sus propios parámetros y que, como tal, no está

sometido a ningún posible control. Hacia 1860, Ihering<sup>1</sup> comienza a atacar el modelo del Juez Máquina, tanto la Doctrina Alemana como la Francesa, va entrando en razón de que es absolutamente falso el modelo anterior.

En las dos primeras décadas del presente siglo se comienza a admitir que cuando el juez decide, inevitablemente el juez al aplicar la ley, siempre crea, siempre tiene un margen de elección entre las interpretaciones alternativas que la misma ley ofrece. En esta época, se empieza a gestar la doctrina del Derecho Libre, que planteaba cómo en el Derecho había más lagunas que normas, lo que, incluso llega al extremo de considerar que el Derecho, en verdad, estaba en manos del Juez. Tesis acogida por la doctrina norteamericana, denominada el Realismo Jurídico, la cual reconoce el carácter creativo y creador de la actividad judicial.

### **3.5. El Juez Científico-social**

Una de sus primeras manifestaciones aparece, igualmente, con los representantes de la escuela del derecho libre en la Alemania de las primeras décadas. Se plantea que el juez tiene que resolver problemas sociales, con altos grados de relevancia económica, política, moral, etc. Por oposición al juez máquina, éste tiene que saber de qué habla, sobre qué decide, y la repercusión que van a tener sus decisiones en el campo económico, político, sociológico, etc. Se necesita, pues, de un juez científico-social que sepa economía, psicología, sociología y que tenga además una muy sólida formación ética para que pueda actuar con auténtica responsabilidad.

Advierte el profesor español, que hoy los jueces en muchos momentos tienen que decidir sobre asuntos que entienden poco, y fallar sólo con la pura legalidad o con un simple artículo de la Constitución o, bien, con un valor constitucional y, en consecuencia, podría ocasionar un daño social, el cual el juez no es capaz de prever.

---

<sup>1</sup> Caspar Rudolf von Ihering 1818 - 1892. Ilustre jurista alemán, filósofo del Derecho de Europa y de la historia jurídica continental. Fue maestro, en un primer momento, de la Dogmática Pandectística, luego autor eminente de la Sociología del Derecho.

Igualmente, el catedrático considera que el juez no debe ser concebido como un mesías, pero que requiere de una formación suficiente como para saber de lo que habla o sobre lo que decide.

### **3.6. El Juez Virtuoso**

El juez virtuoso es aquel depositario, por excelencia, de la suprema virtud, la virtud de la justicia, porque, aunque humanos demasiado humanos, somos más o menos pecadores, más o menos injustos. Este planteamiento corresponde a corrientes naturalistas que tienen gran influencia en el pensamiento jurídico de nuestro siglo. El teórico alemán Gustav Radbruch (1997), plantea que una ley radicalmente injusta no es verdadero derecho y, por lo tanto, el juez no la debe aplicar, entre otras razones, porque el juez es servidor de la ley, pero por encima de esto, es servidor de justicia.

Para el caso colombiano, considero que el juez justo es aquel que se esfuerza por decidir conforme a los principios de la Constitución Política y conforme al alcance cuantitativo que la jurisprudencia Constitucional le ha asignado a la clausula de Estado Social.

### **3.7. El Juez Prodigioso**

Muy similar al anterior, el profesor español lo distingue, acudiendo a la teoría de Dworkin, quien plantea que en el derecho no sólo hay reglas, sino principios que forman parte de la moral social. Dworkin, para explicar su teoría, crea al juez Hércules, un juez que hipotéticamente conoce todas las circunstancias de los hechos que enjuicia, todas las normas aplicables, todas las normas de la moral social, todas las circunstancias políticas, etc. Y con todo ese conocimiento, sería capaz de hallar la única decisión por definición correcta, la única para el caso concreto.

Dworkin, por oposición a Hart, considera que el juez no crea Derecho, porque en el Derecho no hay lagunas, ya que el ordenamiento está compuesto por reglas, valores

y principios, marco dentro del cual, al juez no le es dable decidir discrecionalmente, ni aún en los casos difíciles.

### **3.8. El Juez Político**

El juez político. Aquel que toma conciencia del carácter político de la actividad judicial. El juez crea en alguna medida derecho y, por tanto, está contribuyendo a regir, gobernar, encauzar, normar, etc. la vida social. Dentro de este tipo, se distinguen dos modelos, el juez político que propende por cambiar el sistema, corresponde a las teorías del uso alternativo del derecho que nacen en Europa y luego se traspasan a América Latina. Teoría que considera que el Derecho es un instrumento de dominación social que sirve para perpetuar formas de explotación y si el juez sirve ciegamente a la letra de la ley, está sirviendo a esa explotación y a ese modelo de injusticia.

Luego, el juez debe tomar conciencia del carácter político de su actividad para actuar políticamente, tomando aquellas cláusulas abiertas, de las cuales interpreta la que más convenga a los oprimidos, al proletariado, etc., y no se podría decir que el juez no estuviera aplicando Derecho, sino que aplica las normas de modo que sirvan a un objetivo directamente político de liberación social. Por otro lado, está el modelo del juez político a quien se le pide, ante todo, que su labor sea de sostén, de respaldo político del propio sistema.

Afirma García Amado, en su intervención, que en el caso de los Estados Constitucionales y Democráticos, no se desea la militancia a favor de un régimen político, yo agregaría que, incluso, ni a favor de una ideología política.

### **3.9 El Juez Filósofo**

Es aquel que se enmarca en la etiqueta jurídica racional de Robert Alexy, quien plantea una teoría racional del derecho, en la cual el Juez es incontrolable, es decir,

verdaderamente independiente, ya que decide, ejerce poder a su libre arbitrio, pero con criterios de racionalidad filosófica. Con este tipo, se pretende que el juez sea capaz de dar argumentos, razones “universales”. Ello, por lo menos hipotéticamente, lograría un mayor acercamiento a la racionalidad del caso concreto. Considera García Amado que, quienes hablan para el auditorio universal, quien apela a la razón y no a las emociones son capaces de respaldar sus decisiones en la mejor teoría ética, en la mejor teoría política; pero, el profesor español considera que dicho ideal choca con el tipo de limitaciones que tienen los jueces, quienes tienen que decidir contra el reloj, buscando muchas veces que su sentencia no sea casada, por lo que buscan no aparecer de mala manera ante la opinión pública, etc.

#### **4. Interpretación del Derecho**

A partir del hecho de que el Juez es creador de derecho, de eso no me cabe la menor duda, y que tiene discrecionalidad al momento de tomar sus decisiones, valdría la pena averiguar, en el terreno práctico y real, cómo decide cada caso concreto. Bien es sabido, que el juez está sujeto a la “ley”, por lo tanto, cuando encuentra “ley” aplicable al caso concreto o cuando la norma es clara, no parece existir dificultad alguna para decidir; ya el modelo de Estado Liberal, le había entregado herramientas suficientes para superar dicha dificultad. Pero, hoy, cuando Colombia se ha insertado en el proceso de constitucionalización del Derecho, no cabe duda que la preceptiva que estableció, las reglas clásicas de interpretación de la ley, no pueden seguir vigentes. Si, verdaderamente, se pretende construir un modelo de Estado, en el cual los valores y principios supremos establecidos en la Constitución, cobren vida en nuestra sociedad, se hace necesario interpretar y aplicar la ley bajo la égida de tales principios y no bajo las directrices del otrora Estado Liberal.

Afirma Benjamín Cardozo que “las decisiones judiciales están ligadas a una filosofía subyacente de la vida que el juez posee” (2004, p. 90). Quiere ello decir, que al momento de aplicarse la ley por parte del juez, éste ha de decidir cuál método de interpretación aplica, y si es cierto que dicha decisión está influida por factores subyacentes, será necesario averiguarlos para desentrañar los dilemas a los cuales se ven abocados los jueces, al momento de interpretar y aplicar el derecho.

En este sentido, también puede ocurrir, que el juez no esté de acuerdo con la manera como la ley sustantiva resuelve el problema, bien, porque el juez considere injusta dicha solución o, bien, porque el juez considera que es una forma inadecuada de resolverse el problema, en estos casos particulares ¿cómo procede el juez para tomar una decisión?, ¿aplicando criterios de justicia, de equidad o de legalidad, o mediante la aplicación del Derecho Procesal?

Comparto, plenamente con B. Cardozo (2004, p. 52), la idea de que en el campo del derecho procesal se ofrecen más posibilidades al juez para aplicar principios y adoptar diversos criterios o pautas de interpretación, para resolver casos en los cuales la solución no es tan clara ni tan precisa, dada la estructura y naturaleza de las normas procesales. Mírese, no más para dar un ejemplo, el tema de la taxatividad de las nulidades procesales, o el tema del derecho de acceso a la justicia, el tema de la cláusula compromisoria en el derecho laboral, o cuando se está en frente de normas que establecen el derecho fundamental al debido proceso. Son asuntos que requieren de una interpretación, a la luz de los principios constitucionales que mejor garanticen la efectividad del derecho.

Establecer, entonces, si los jueces interpretan y aplican la ley conforme a la Constitución o, si por el contrario, se resisten y continúan rindiendo culto sacrosanto a la ley formal, constituiría un punto de partida interesante para plantear,

posteriormente, propuestas que conduzcan a modificar la “conducta legalista” de algunos jueces, en aras de hacer del proceso judicial un escenario en el cual sea posible aportar a la construcción de un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, en el sentido no sólo cualitativo, sino también cuantitativo, en los términos expresados por la Corte Constitucional.

## **5. El precedente judicial como fuente de derecho**

No obsta, por lo pronto, analizar el papel que ha desempeñado el juez colombiano, una vez el derecho se ha constitucionalizado, y ver cómo, poco a poco, va tomando fuerza la figura del precedente judicial. De acuerdo con Diego Eduardo López Medina (2000), en Colombia, en materia de derecho, han sucedido grandes cambios en los últimos tiempos, de los que se destaca la creación de una jurisdicción constitucional independiente, y se ha establecido la Acción de Tutela para proteger los derechos fundamentales.

En el libro de López Medina, intitulado: *El derecho de los jueces*, se analiza las diversas transformaciones que el derecho constitucional ha tenido en Colombia en las últimas décadas, en las que muestra cómo el derecho positivo ha sido sólo un marco, en el cual se mueven determinados factores, como son la indeterminación de las normas singulares, las contradicciones valorativas que se ven en el derecho colombiano, debido a que, entre otros factores, es usual que sobre un mismo hecho jurídico surgen varias normas con igual competencia.

El texto en mención, habla de cómo se ha dado el precedente judicial en Colombia. En el capítulo uno, hace un estudio sobre cómo se concibió la jurisprudencia en el siglo XIX. Allí, el autor establece que, en Colombia, el papel de los jueces es simplemente aplicar las normas, no crearlas y que su actuar se basa en la

obediencia de las leyes establecidas por el constituyente o por el legislador y, por tales razones, la jurisprudencia ha ocupado siempre un papel secundario en el derecho colombiano. La jurisprudencia sólo debe ser tomada en cuenta cuando aparecen problemas de interpretación, por lo cual, se considera que el papel de los jueces está limitado, simplemente, a resolver e interpretar normas, y llenar vacíos que aparezcan ocasionalmente, posición que conlleva a pensar que el Derecho es una ciencia llena de normas precisas, y que las ambigüedades aparecen sólo de vez en cuando; idea que, hasta hace poco, ha sido transmitida a los estudiantes de derecho, sin la reflexión necesaria en el cambio del rol del juez, a partir de la constitucionalización del Derecho.

Respecto del papel del juez, en nuestro país, han surgido diversas discusiones acerca de lo que es la jurisprudencia y la judicatura; ello, ha tenido ocasión en épocas precisas, como en 1886 y, luego, de nuevo se ha discutido a partir de 1991. Para efectos de conocer mejor dichas controversias, el autor analiza cómo se fundamentó la doctrina legal en Colombia en 1886, durante el periodo que se conoce como la Regeneración.

Explica el autor, que la Regeneración fue un movimiento surgido a raíz de la Constitución de 1886 y durante el gobierno de Rafael Núñez, en el cual se propugnó por una reforma política con el deseo de acabar con la violencia y el desorden que imperaba. En esta constitución se buscó crear una judicatura que realmente interpretara los derechos del sistema federal, para ello, se tomaron en cuenta códigos de otras naciones como el chileno, para tratar de sobreponerse a la contradicción jurídica francesa y en el que se establecía que la ley tiene dominio sobre la costumbre, pues ésta tiene la tendencia a representar voluntades políticas particulares que, a su vez, violan máximas de generalidad e igualdad, necesarias en el derecho. En este sentido, López explica con mayor claridad el asunto:

[...] la posición anti jurisprudencial del legalismo francés, fue modificándose con el tiempo y aparecieron expresiones como *jurisprudencia constante* y *doctrina legal*, todo bajo el concepto de legalismo liberal y esto llevaba a que se pensara que todos los casos podían ser resueltos por el juez, si éste se atenía a la ley escrita, pero en realidad pronto se vio que, muchas veces, esto no podía ser de tal manera, precisamente, porque los códigos poseían vacíos que debían ser resueltos de otra forma. Por esta razón, empiezan a surgir folletos en los que se trata de lograr una mejor jurisprudencia y todos estos elementos, surgidos en el derecho francés, se van haciendo llegar a Colombia junto con las reformas en España; viéndose, entonces, una gran influencia de la jurisprudencia europea en el desarrollo de la colombiana.” (López, 2000, p. 98)

Sin embargo, para muchos, el poder que esta doctrina legal le daba a la Corte Suprema no era bueno y fue rechazada por muchos intelectuales, porque era demasiado rígida, porque en ella la Corte fungía como un legislador, pero sin libertad, lo que llevó a una cadena de reformas en un corto periodo hasta que apareció *la doctrina probable*, que conducía a la libre jurisprudencia que mantuvo al derecho colombiano más cerca del Derecho Francés que de cualquier otra corriente jurídica, pero, con particularidades que la hacían sólo propia de Colombia.

En 1991, se vio la necesidad de tener un sistema jurisprudencial fuerte, más que todo, con referencia a lo Constitucional. A partir de la nueva Constitución Política, se fortalece el valor de la jurisprudencia constitucional; aunque, en sus inicios hubo algunas vacilaciones, poco a poco, se ha ido consolidando, aún cuando su verdadera fuerza se da entre 1995 y 1998. En dicho lapso, la Corte construye muchos precedentes, basados en principios y derechos, tales como: la igualdad, la seguridad jurídica, la buena fe, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, etc., lográndose, de esta manera, un alto grado de autoridad por parte de la Corte Constitucional.

La importancia del “Precedente Judicial” en Colombia, podría decirse, que se inicia cuando el Ejecutivo expide el decreto 2067 en 1991, el cual contenía textos

positivos que hacían aumentar el valor normativo de la jurisprudencia constitucional; así, se partió de la idea de que, sólo a través de disposiciones de derecho positivo, se puede definir el papel de la jurisprudencia, en lo que es el razonamiento jurídico. López Medina, por su parte, se refiere a este aspecto en los siguientes términos: “[...] la Corte rechazó este sistema de precedentes, por lo que diferentes normas no fueron declaradas constitucionales y las que lo hicieron fueron enormemente limitadas en su accionar.”

Todo ello ocurre, por el tradicionalismo de fuentes que le permiten a la Corte hacer una mínima interpretación de normas que necesitan un mejor análisis. El mismo autor pone, como ejemplo, el artículo 21 del decreto 2067 de 1991, a cuyo tenor literal decía: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.”,<sup>2</sup> norma que buscó ampliar el valor de la jurisprudencia de la Corte. Aparentemente, era tan generosa esta norma, que daba un valor obligatorio a las sentencias de la Corte en general, sin distinción entre tutela y constitucionalidad, es decir, que se puede considerar que hubo un valor obligatorio del precedente. A partir de ese momento, mediante varias sentencias de inexecuibilidad, la Corte asestó duros golpes a los reformistas con una clara tendencia tradicional.

Según López, el ánimo de establecer una doctrina de precedentes en Colombia persistió, y los que la impulsaban no se dieron por vencidos y, en una demanda contra la ley 153 de 1887, muy defendida por los tradicionalistas, los reformistas lograron hacer supervivir la tesis del valor ampliado de la jurisprudencia de la tutela.

---

<sup>2</sup> El inciso segundo de dicha norma fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-113-93 de 1993: Magistrado Ponente, Dr. Jorge Arango Mejía.

En la sentencia C-083 de 1995, que revisa la constitucionalidad de la Ley 153 de 1887, se distingue entre Doctrina Constitucional y Jurisprudencia que, según la Corte, no son la misma cosa. La Corte, en esta sentencia, pretende aumentar el valor de la mera Jurisprudencia. Luego, viene al caso otra sentencia, que es la T-123 de 1995, en la cual se propone una disciplina Jurisprudencial, que implica que los jueces poseen una obligación positiva de atender los elementos del Derecho. Luego, se emitieron otras sentencias que a la final produjeron el efecto de disminuir un poco el tradicionalismo de la Corte.

## **6. Juez y constitución en Colombia**

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 dependerá la validez de las mismas. La Constitución no es sólo fuente del derecho, sino, fuente de las fuentes del Derecho, o lo que es lo igual, poner en práctica el derecho es aplicar las normas previstas o posibilitadas por la propia Constitución. Pero, no se agota sólo ahí, señala bienes, a su vez, que deben ser promocionados, garantizados y protegidos normativamente; fines que deben ser perseguidos por el Estado y sus órganos del poder público. Es decir, la Constitución no sólo establece reglas jurídicas, sino, también, normas deontológicas y axiológicas, principios y valores, que han de orientar la actuación de los órganos del Estado que, al mismo tiempo, legitiman la posibilidad de emitir juicios jurídicos de validez o de invalidez.

El juez no se reduce a ser un intérprete o un simple aplicador de derecho, con la Constitucionalización del derecho, se ha transformado en un creador del mismo. Esta facultad deriva 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 indirectamente una “función legislativa jurisdiccional”. En palabras de la profesora Beatriz 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” (Quintero, 2002, p. 91).

En el contexto contemporáneo, ya no cabe esperar que la dedicación de un juez se limite a la de un operador jurídico, pues, también, es político, en tanto que las sentencias resultan ser actos políticos, en cuanto son capaces 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. En palabras de Zagrebelsky (1995, p.150), los jueces serían los auténticos señores del derecho, o como lo había planteado Kelsen (19936, p. 205), décadas atrás, al decir que no había una escisión entre producción y aplicación del derecho.

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, a partir de 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, de manera que no es solamente una interpretación.

Un importante ius-teórico del derecho contemporáneo, como lo es Michelle 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 (Taruffo, 1996, p.140, 142). En dicho texto el autor Italiano, resalta la importancia de la jurisdicción, por lo que afirma que, en nuestros días, 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 preexiste, sino 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.

En opinión de Taruffo, son los tribunales judiciales, los que atribuyen dignidad y tutela jurídica en la sociedad, los que perciben directamente las nuevas necesidades y los nuevos derechos que se evidencian en la realidad, actitud que escapa a 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 doble: por una parte, se trata de dar reconocimiento y tutela jurídica efectiva a los derechos; por otra, se trata también, cuando sea necesario, de individualizar los remedios jurisdiccionales precisos para asegurar esa tutela.

En aquellas sociedades, en las que la libertad y la independencia judicial son evidentes o, aún, en aquellas en las que 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.

En el derecho de hoy, no puede ponerse en duda que la tarea esencial del juez es la de garantizar y hacer efectiva la tutela jurisdiccional, más que a los derechos

sustanciales determinados previamente, sino, incluso frente a situaciones en las que se presentan intereses relevantes que toquen con las garantías constitucionales.

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. 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, en los últimos años, en el ámbito nacional ha venido a aceptarse, de una manera que aún no se generaliza.

En este mismo sentido, el profesor Luis Alonso Rico 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 porque 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 (Rico, 2006, p. 148, 149).

A este respecto, de manera concluyente, se puede decir que la Constitución de 1991 reiteró ese deber con prevalencia y con mayor fuerza vinculante por el carácter de primera norma. Fue la misma carta, la que 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.

Gran parte del sector de la comunidad jurídica colombiana, tardó cerca de veinte años en captar el real papel creador y transformador del juez que ya se había adoptado, a partir del año 1975, en el Código de Procedimiento Civil. Dicha tradición jurídica, vino a derrumbarse, en parte, con los planteamientos atrevidos de la Corte

Constitucional, que recepcionó para el país una hermenéutica nueva para nosotros, pero, desde años atrás puesta en práctica por 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 materializó por innumerables fallos progresistas que, en su momento, fueron rotulados de heréticos, por sus detractores.

Es casi redundante, decir 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 por realizarse habrá de ser fundamentalmente teleológica. A esta actitud ética y justiciera, 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 con los detentadores del poder, aún a sacrificio de la Justicia misma.

En la Corte Constitucional, se da 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”.

## **Conclusiones**

Con respecto a los desarrollos recientes del sistema de precedentes, en Colombia, desde 2001 hasta 2006, éste se ha fundamentado en la reconstrucción de la doctrina

probable, que busca crear un régimen único del valor de la jurisprudencia, sin importar la jurisdicción de procedencia, bien sea en la ordinaria o en la Constitucional.

Después del proceso de constitucionalización del derecho colombiano, ha sido reiterado el rechazo al sistema de precedentes; diferentes normas no fueron declaradas como constitucionales y, aquellas que sí, fueron enormemente limitadas en su accionar. Todo lo anterior, se dio por el tradicionalismo de fuentes que permitió a la Corte hacer una mínima interpretación de normas que necesitan un profundo análisis.

El nuevo derecho que, paulatinamente, va cobrando fuerza en el panorama nacional, plantea que el juez es creador de derecho, pues, es él quien lo dice y a ello se reduce su función esencial institucional. Si ello es así, y lo aceptamos en gracia de discusión, no resulta precipitado concluir que 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 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.

Se observa que, después de 1991, en cierta forma, el llamado centro de producción normativa ha venido a ser complementado por el papel de los jueces constitucionales colombianos, principalmente, cuando ejercen control de constitucionalidad sobre la normatividad ordinaria y legal. No cabe duda, que la Constitución de 1991 le ha asignado al juez una responsabilidad y una función creadora de derecho, al pasar de maquinal administrador de la ley a juzgador dinámico de la constitución.

En el momento actual, nuestros jueces deben asumir la defensa del derecho conforme a la realidad y materializar los principios, derechos y deberes establecidos

en la Constitución. Para lograr tal cometido, deben tratar de armonizar el texto legal con los principios y valores establecidos en la constitución; de esta manera, harían un aporte relevante en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Pienso que las Facultades de Derecho, están llamadas a contribuir, de forma decidida, en la formación de los futuros funcionarios judiciales, pues, la materialización de la Constitución tiene que realizarse por los administradores de justicia, son ellos los que más están requeridos para asumir un compromiso esencial en la edificación del modelo de Estado que adoptó nuestra constitución.

Finalmente, es preciso decir que, en Colombia, no se ha dado una transformación significativa en el modo de administrar justicia, falta un cambio de mentalidad en los diversos operadores jurídicos que, aún, no han hecho el tránsito necesario y conveniente, entre el Estado legal y el Estado Constitucional. El día que se logre tal cometido, es seguro que la expresión “Estado Social de Derecho” dejará de ser esa muletilla retórica que reprocha la Corte.

## Referencias

- Aragón, Manuel (1999). *Constitución y Democracia*. Madrid: Tecnos
- Cardozo, Benjamín (2004). *La Naturaleza de la función Judicial*. Granada: Editorial Comares.
- Comanducci, Paolo (2005). Constitucionalización y teoría del derecho. En: Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, España.
- García, Antonio (2006). El rol del Juez. En: III Convención Latinoamericana de Derecho, Universidad de Antioquia.
- Guastini, R. (2001). La Constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En: *Estudios de teoría constitucional*. México: IIJ-UNAM.
- Hart, H.L.A. (1998). *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores.

- Kelsen, Hans (1993). *Teoría Pura del Derecho*. México: Ed. Porrúa
- Duncan, Kennedy (1999). Libertad y Restricción. En: *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores.
- López M. Diego (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá. Ediciones Uniandes.
- Quintero, Beatriz H. Deslinde de lo jurisdiccional. En: *Temas Procesales*, N° 9, Mayo de 2002, Medellín.
- Radbruch, Gustav (1997). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Rico P., Luis Alonso (2006). *Teoría general del proceso*. Medellín: Comlibros.
- Taruffo, Michelle (1996). *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?* Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

### **Jurisprudencia**

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 1995, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia C-104 de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T-123 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón