

LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY Y EL DERECHO*

Judges connections to norms and The Law

*Jheison Torres Ávila***

Fecha recibido: 24/03/11

Fecha aceptado: 26/04/11

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto explorar los problemas de los jueces frente a la aplicación del derecho en un sistema de fuentes en particular. En este sentido desarrolla la tesis clásica del Estado liberal que sostiene la centralidad de la ley como fuente principal del derecho. Al respecto se exploran otras posibilidades de esta relación con las fuentes normativas, como la del realismo jurídico. Se recoge una propuesta final con una aproximación desde las teorías de la argumentación y las exigencias en el Estado constitucional.

Palabras Clave

Jueces, filosofía del derecho, teorías de la adjudicación, positivismo, hermenéutica, argumentación.

* Artículo de revisión que analiza, sistematiza e integra los resultados de una investigación relacionada con la vinculación del juez a la ley, y por ende al derecho.

** Profesor de la Universidad Nacional de Colombia Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante (España). Correo electrónico: jettorresav@unal.edu.co

Abstract

This article explores judges problems about sources system application. In this sense, it develops the classic theory of the liberal State that argues the centrality of the law as principal source of the legal system. In this point explores other possibilities of the relation with normative sources, as juridical realism. Finally it presents an approach from argumentation theories and the demands about constitutional State.

Key words

Judges, law philosophy, positivism, hermeneutics, argumentation

1. La Disculpa Histórica

Si ignoráramos la historia solo podríamos ver las consecuencias de los actos del hombre como un conjunto de hechos irrazonables, y hasta ridículos. Cuando el juez fue condenado por el Estado de Derecho a obedecer a la ley¹, se le quiso obligar a obrar bajo condiciones de profunda convicción teórica pero de poca relación con su contexto. Así fue como el juez tuvo que convertirse en un ser huraño a los acontecimientos, en un subalterno que debía pretender funcionar como la máquina perfecta, de la justicia perfecta que emanaba de los designios del legislador.

El juez como institución existe mucho antes de la revolución liberal. En esta etapa anterior, los jueces no tenían más límites que los mandatos del soberano, el Rey. Los actos excesivos, las tortu-

1 “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. Maquiavelo (1993). *Del Espíritu de las Leyes*, editorial Altaya, Barcelona, página 120.

ras, las injusticias se hacían patentes². Al ganar la burguesía la lucha por el poder, esta se encontraba decidida a terminar el despotismo que había existido. Así se busca poner cortapisas al juez, sin eliminar dos ideas básicas: su obediencia al soberano y su actividad como administrador de justicia. Ahora el soberano, no era el Rey, sino el pueblo, la asamblea, un cuerpo legislativo que le diría como y que debía hacer para seguir con su labor como funcionario de la justicia. Es aquí donde la ley se convierte en el mecanismo que evitaría que la justicia fuese de unos pocos, proporcionando seguridad a las relaciones entre todos los asociados. Esta ley como voz del soberano, como voz del pueblo, permite articular las expectativas del nuevo orden; implantar la democracia, y los ideales de ésta, la libertad, la igualdad y la búsqueda de la felicidad.³

Como vemos las razones para que el juez se encontrara atado a la ley son el fundamento de la nueva organización política, social y económica. Si en los albores de la revolución se hubiese pensado en un juez que actuara bajo sus propios principios, ¿qué sentido tendría el movimiento?. Dudar de la plenitud de la ley, sería dudar del soberano, y según la máxima, el pueblo no se equivoca.

Pero una vez instaurado el régimen, ¿se podría seguir sosteniendo lo mismo?, era posible mantener esta construcción claramente metafísica del juez, afincado en iusnaturalismo y preso de la eternidad y la inmutabilidad de sus principios. El iusnaturalismo ra-

2 Esta situación se observa de manera muy clara durante el reinado de los últimos monarcas franceses quien sin duda alguna controlaban a su arbitrio la justicia. Por ello, la revolución pondrá su acento racional en un juez máquina para garantizar la igualdad, al menos formal del sistema. Incluso en Inglaterra, país con profundas convicciones sobre el respeto a los jueces, durante el reinado de los Tudor y los Estuardo se vio amenazada su tradicional posición dentro de la sociedad y la política inglesa. Este hecho se recrea de forma clara en las premisas del juez Coke durante el siglo XVII. (Mateucci, 1998)

3 Sobre la evolución del concepto de ley, en DE CABO MARTÍN, Carlos, Sobre el concepto de ley, Trotta, Madrid, 2000.

cionalista dejó su clara impronta en el esquema de la exégesis. Dicha escuela aunque en realidad no se encuentra evidencia de su práctica, sin duda alguna, concuerda como teoría con lo expuesto por el liberalismo y la visión cerrada del sistema de fuentes del derecho, así como la negación de herramientas de interpretación.

a. La crisis de una revolución

Tanto la exégesis como la escuela de la jurisprudencia de conceptos conservaron al juez a una distancia bastante prudente del medio que lo rodeaba. Ya para esta época, no era solo el ideal de una revolución, sino la regla de un Estado, el Estado Liberal.

Pero la reacción a este orden cerrado y duro era apenas predecible; máxime si las condiciones que bordeaban el último tercio de siglo XIX eran de grandes desigualdades sociales que terminaron socavando la legitimidad del Estado liberal, o al menos, como quedó concebido después de la revolución francesa (Truyol y Serra, 2004). Esta situación de crisis exigió la creación de nuevas teorías que explicaran el ordenamiento jurídico y el sistema político sobre el que se soporta. No es casual precisamente que en este momento hagan su aparición diversas disciplinas teóricas e ideologías: el socialismo y el anarquismo; la sociología y la psicología, entre otras (Truyol y Serra, 2004, pp. 220 y ss).

Así las cosas, la relación de los jueces y la ley se ve erosionada, en especial frente a las exigencias que el contexto social, económico y político hace sobre el papel del derecho como regulador de los conflictos y de los jueces como actores en la construcción de la justicia. En este sentido la justicia se separa de la concepción inmanente del Iusnaturalismo para trasladarse a los debates terrenales de reparto y riqueza, en general, lo que se conocerá genéricamente como *cuestión social*. La pretensión inanimada del juez máquina ya no se ve como una garantía, sino por el contrario como una clara amenaza del pa-

pel del derecho en una sociedad desigual, conflictiva y sobre todo dinámica.

Aunque en principio las reacciones a las posturas de la exégesis y de la jurisprudencia de conceptos fueron realmente solo eso, una reacción. La estructuración de una teoría que resolviera algunos de los interrogantes que suscitaba la relación entre jueces y ley, se empezaría a dar de forma paulatina al ritmo de los cambios políticos. En especial los procesos de burocratización del Estado y la democratización (Ritter, 1991) de las sociedades van a construir el escenario propicio para un juez limitado, pero no sometido al legislador.

Debemos recordar a Ihering (2000)⁴, en su famosa crítica al “cielo de los conceptos”, que no es otra cosa que la demostración de la imposibilidad de zanjar una división tan profunda entre juez y justicia material. No se podía seguir sosteniendo la idea de un sistema jurídico completo, que en la práctica no respondiera a todas las demandas de la sociedad. Un sistema jurídico que sólo abogue por la abstracción y rechace su base factual, un sistema puramente normativo que abandone a su suerte el análisis de cómo y quienes toman las decisiones jurídicas. Un naciente rechazo a las semblanzas lógicas y matemáticas que se hacía con el derecho.

El llamado de atención que Lasalle hace para el constitucionalismo, es el mismo que se empieza a gestar en el mundo occidental: ¿cuál es la realidad de la política y el derecho?, para que sirven las normas sino son correlatos de estructuras de la sociedad y el poder en ella. En este sentido la teoría de división de poderes empezaría a reconstruir su significado desde la segunda mitad del Siglo XIX, para reafirmar, al menos en la Europa continental, la necesidad de comprender que el poder no está dividido en departamentos que no se

4 Especialmente en su libro *La lucha por el derecho*, pero también *El fin en el derecho*.

comunican con otros, sino que la idea es en realidad una visión más orgánica, en donde cada uno de ellos ejercen controles entre ellos y conservan un poder similar.⁵ Esta circunstancia redefine la independencia judicial y permitirá desarrollar una concepción más garantista del juez en las sociedades de la codificación pura.

b. Un Juez libre y social

En Alemania el rechazó a las posturas rígidas de las escuelas clásicas, para el caso en especial la Escuela de conceptos, se manifiesta de diversas formas, desde los escritos del segundo Ihering, hasta la construcción de la Jurisprudencia de Valores e Intereses. Pero probablemente las escuelas más radicales frente a la reacción del pensamiento clásico sean la Escuela del derecho libre y la Escuela sociológica⁶. Autores como Fuchs, Stampe, Kantoriwicz y Ehrlich⁷ hicieron su aparición esbozando un activismo judicial instado por la búsqueda de la justicia material y la evidente inexistencia de la plenitud hermenéutica del derecho. De esta manera el rechazo a la ley, como instrumento incompleto y poco adecuado para la solución de los casos que el juez debe enfrentar, conformaba uno de los puntos importantes de su doctrina.

5 Si bien la tesis de Montesquieu fue plantear una división funcional, pero no institucional, seguido de las observaciones del Federalista al respecto, vale la pena señalar que esta visión no fue la que imperó en un primer constitucionalismo europeo, pues en realidad los jueces estaban relegados al poder del legislador. (Blanco, 2006)

6 “La llamada Escuela del Derecho Libre no es, propiamente hablando, un conjunto orgánico y sistematizado de doctrinas. Trátase más bien de una tendencia específica que se manifiesta reiteradamente a través de una larga serie de autores y obras.” “La citada escuela representa una reacción, a veces muy violenta, contra la tesis de la plenitud hermética y la sumisión incondicional del juez a los textos legales.” García Máñez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1986, página 347. Una visión de las tesis centrales de la Escuela del derecho libre, en La Ley y Sentencia, Hans Reichel, Madrid 1921.

7 De manera extensa en ROBLES MORCHON, Gregorio, Ley y Derecho Vivo, CEPC, Madrid, 2002.

Para la escuela del derecho libre, el juez descubre o declara el derecho de la sociedad. Esta facultad no vulnera la institución judicial, ni mucho menos el equilibrio de poderes, por el contrario, esta intervención sin límites, por lo menos positivos, es uno de los deberes del juez; porque dicen ellos, que de lo contrario, los jueces actuarían solo con las leyes incompletas, que no son todo el derecho y que no representan una garantía de justicia material; función principal que la sociedad deposita en los magistrados.

Autores como Ehrlich sostenían “que el derecho no es producto de los tribunales y de las legislaturas, sino un producto de la sociedad”⁸. Como puede verse, este autor, uno de los más importantes exponentes de la sociología jurídica, ve a la sociedad como protagonista, como agente que recrea la interpretación y creación del derecho. No se trata de una sociedad representada sino de una experiencia directa y permanente de cambio y creación normativa. Ley y juez adquieren un papel secundario ante los “designios” del conglomerado, de su forma habitual de actuar. Es un concepto de sociedad diferente al de Asamblea popular. La idea era desbordar el concepto abstracto de lo que significaba la sociedad en la democracia representativa y nacional. La sociedad era vista entonces, no como actor político exclusivamente, sino como ente sociológico, como un cuerpo orgánico que fija internamente sus propias leyes y responde a criterios de cientificidad. El derecho entonces puede ser conocido a través del método científico de corte sociológico.⁹

8 Pompeu Casanovas, José Juan Moreso, *El Ámbito De Lo Jurídico*, Edit. Crítica, Barcelona, 1994, pág. 316.

9 La obra de Francois Geny expresa justamente estos ideales. Este autor es especialmente importante en el contexto colombiano por ser una influencia durante los años 30 y el reformismo liberal de la *Corte de Oro*. Ver, BERNUZ, María José, *Francois Geny y el Derecho. La Lucha Contra el Método Exegético*, Edit. U. Externado, Bogotá, 2006.

De esta forma estas teorías explicativas crean un espacio de reflexión antes impensable para los jueces y es la posibilidad de tener *decisiones judiciales contra la ley que puede justificarse*. La vinculación del juez a la ley se rompe definitivamente por una propuesta de un juez más científico o político que busca precisamente garantizar la materialidad del derecho. Es en últimas la justificación de la ruptura de la seguridad jurídica tradicional en defensa del derecho mismo como cuerpo vivo y cambiante dentro de la sociedad. Lo que se observa frente a la desacralización de la ley no es otra cosa que la disputa por las fuentes del derecho, o en otras palabras, los jueces son en este capítulo, uno de los centros del debate sobre el poder.

Al respecto sobre el tema de las decisiones *contra legem*, una solución intermedia es la propone para la época Reichel (1921) al admitir que las resoluciones deben sin duda acatar el mandato del legislador, pero que en circunstancias excepcionales, esta orden del soberano puede ser dejada de lado, y dar paso a las creaciones judiciales, que de todas formas no pueden tener la amplitud que tiene el legislador. No obstante esta restricción, se crean interrogantes como cuáles son las potestades del juez, y cuál es la responsabilidad del mismo en estos actos de interpretación creativa. La postura de Reichel se parece precisamente a la solución planteada por las Cortes Constitucionales contemporáneas al afirmar que el silencio del legislador o la contravención a la Constitución puede eventualmente habilitar al juez a crear derecho, pero en todo caso, esta posibilidad solo se ejercerá mientras el mismo no disponga una norma sobre el tema (Gavara de Cara, 1994).

c. El positivismo jurídico y la unidad del sistema

En este apartado, no pretendemos ver en detalle los planteamientos del positivismo jurídico, el objetivo es mostrar la posición de esta teoría frente a la relación del juez y el derecho.

Para Kelsen, máximo exponente del positivismo jurídico, el juez debe entender su labor como normativa. Esta afirmación no expresa, sin embargo, una repetición de la pretensión de la escuela de la exégesis sobre la fidelidad a la ley. Kelsen pretende una clara división entre los contenidos objetivos y subjetivos en el derecho. De suerte que sólo los conceptos objetivos, en este caso normativos, son los únicos que el juez debe tener en cuenta, lo demás no hace parte del derecho, sino de otras ramas de las ciencias sociales. De esta manera todos los juicios que el juez realice deben fundamentarse en el derecho válido. Cualquier pretensión de llevar a cabo resoluciones que no estén dentro de los límites de la validez deben rechazarse. Así las cosas, si una norma aparece como abiertamente injusta o desproporcionada, pero ella es clara en su contenido, y es considerada como parte del derecho vigente, entonces debe ser aplicada. Es el legislador el encargado de fijar los contenidos subjetivos de las normas.¹⁰

En mi opinión, esta visión de independencia de contenidos obedece a una pretensión de Kelsen de mostrar el derecho como un sistema completo, y no como una enconada defensa del legislador. El asunto es normativo y precisamente no político. Al autor austriaco le interesa la unidad y coherencia del sistema jurídico por encima de contemplaciones ideológicas o en defensa de algún otro principio o valor específico.

Esta tendencia a la neutralidad axiológica pone al juez en una posición distinta a las escuelas deductivistas. El juez no es una pieza clave de una revolución, la liberal, sino el ejecutor y vigilante de la coherencia y unidad del derecho. Es más, para el positivismo existen márgenes posibles de interpretación debido a que esta teoría acepta

¹⁰ Sobre una revisión detallada de la teoría de interpretación del positivismo ver LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

el hecho que las normas son imperfectas, por que el legislador no puede prever todos los casos en que una regla puede ser utilizada. El juez está encargado de solventar estos “aparentes” vacíos y adecuar la regla a la situación no prevista. Lo importante es que sin interesar que decisión se tome esta es válida. En caso de discutirse si es justa o no, la teoría política o la teoría de la justicia u otra ciencia lo hará, pero al derecho esto no le interesa.

No hay que olvidar, que aunque la sentencia judicial ocupa uno de los últimos escalones de la jerarquía normativa, o el último, esta debe acatarse y analizarse en este contexto sistemático y no en otro.

La vinculación del juez a la ley en el positivismo, no resuelve los problemas de las valoraciones del juez con respecto a la ley, sólo pretende de cierta forma ignorarlas, enviándolas al terreno de lo subjetivo, algo que no tiene incidencia en el sistema jurídico. El positivismo tampoco es capaz de responder a las exigencias que se hacen patentes en casos donde los resultados del juicio normativo son abiertamente contrarios a principios o a condiciones de justicia material.

En conclusión, para el positivismo, o al menos para el kelseniano¹¹, la norma válida es el único criterio vinculante que debe tener el juez para dar solución a los casos. No es que se crea que la ley es completa, se entiende que el sistema jerárquico de normas brinda las condiciones para que el juicio se inserte en la lógica del sistema coherente y ordenado. En caso en que el juez deba resolver alguna presunta laguna¹², no importa qué decisión adopte dentro de las po-

11 *Ibíd.* Págs. 52 y ss.

12 En efecto para esta teoría las lagunas no existen, pues ello significaría tanto como decir que el derecho no es completo. De forma contemporánea se ha diversos estudios sobre el tema, se destacan de Alchurron y Bulygin. Sobre un estudio del tema, ITURRALDE SESMA, Victoria, Edit. Tecnos, Madrid, 1989.

sibles¹³, si cumple con los requisitos formales, esta es válida y debe ser acatada.

No cabe duda que es una teoría con una gran solidez y mucho más desarrollada que la exégesis o la jurisprudencia de conceptos, pero aun no responde algunos interrogantes: ¿Está compuesto el derecho únicamente por reglas? ¿La actividad judicial no obedece a ningún criterio axiológico o político?

d. El realismo jurídico, una interpretación de la realidad

A la reacción de la Escuela Libre y sociológica podemos sumar otra al otro lado del Atlántico. El realismo jurídico se originó en los Estados Unidos como respuesta al método de *case-law* y el *Stare decisis et non quieta movere*, método que al igual que las escuelas formalistas europeas no permitían ver en el juez más que el garante de la ley, y para este caso, el respeto absoluto por el precedente y la tradición jurídica. Antes de hacer unos cortos comentarios sobre la visión del juez del realismo mostraremos brevemente los planteamientos de esta innovadora escuela.

1. La concepción del derecho como flujo, como derecho cambiante, y como creación judicial.
2. La concepción del derecho como medio para alcanzar fines sociales, y no como un fin en sí mismo.
3. La concepción de la sociedad en movimiento permanente, en movimiento típicamente más rápido que el derecho.
4. El divorcio momentáneo entre Es [Is] y Debe [Ought] a efectos de estudio.

13 Para Kelsen desentrañar la voluntad del legislador es algo tan absurdo como apelar al principio de justicia natural para entender el sentido de una norma, lo importante es la validez de la decisión o de la norma en sí. García Máynez, Eduardo, op.cit.

5. La desconfianza respecto a las reglas y conceptos tradicionales en la medida en que éstos pretenden describir lo que los tribunales o la gente hace en realidad.
6. La desconfianza respecto a la teoría de que las formulaciones normativas [prescriptive rule-formulations] son el factor operativo más importante en la toma de decisiones por parte de los tribunales
7. La desconfianza en la conveniencia de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrictas que las elaboradas en el pasado.
8. La insistencia en que cada parte del derecho se valore por sus efectos, y en la necesidad de hallar estos efectos.
9. La insistencia en que los problemas jurídicos deben ser planteados sistemáticamente y programáticamente a partir de las líneas indicadas¹⁴.

Para el realismo el juez es un eje social, un factor primordial de cambio. Estas transformaciones a las que asiste el juez son las que requiere la misma sociedad. Así el juez es más un analista social que un jurista. Para el realismo, el derecho válido es aquel que pronuncian los jueces¹⁵. Este es así porque los realistas desconfían de la ley como elemento que predice lo que los tribunales y la sociedad hacen, ya que estos y no aquella son los que tienen las herramientas para hacer tal predicción. De manera que el derecho válido, es aquel que los jueces dan por medio de sus sentencias, es el derecho aplicable, consonante con la realidad.

El juez en el realismo está vinculado entonces a la realidad y no a la ley. La ley como elemento imperfecto es completado o creado,

14 Nota de pie de página en Pompeu Casanovas, José Juan Moreso, *El Ámbito De Lo Jurídico*, Edit. Crítica, 1994, págs. 238 y 239

15 Si bien el famoso juez Holmes Chief Justice de la Suprema Corte de los Estados Unidos no es en realidad un seguidor de esta escuela, sus sentencias y opiniones jurídicas terminaron impulsando la reflexión sobre la realidad y el derecho. (Arjona Sebastia, 2006)

si es el caso, con el fin de poder dar paso a los cambios sociales o de permitir interpretaciones que brinden unas condiciones óptimas de aplicación al caso concreto. En el realismo las consecuencias de aplicación de la ley son el foco de su análisis. La norma debe ser más una entidad que una abstracción, por ello el juez es el vehículo hacia esta construcción.

El derecho no es pues un cuerpo sistemático, o por lo menos no totalizante y cerrado. El derecho debe reducirse al análisis del caso concreto, no puede detenerse en la creación de categorías abstractas y generales, tiene que llegar a la justicia del caso particular¹⁶.

El realismo como vemos plantea una interesante relación entre cambio social, los derechos y una teoría de la adjudicación. De esta manera, los jueces deben facilitar las transformaciones sociales con sus sentencias, poniendo al derecho frente a las necesidades de quienes acuden a él y no de intereses de mayor jerarquía. La justicia es siempre real y no abstracta. Esta posición no es extraña en el contexto de crisis económica y social en el marco del New Deal de Rosvelt, pues la formalidad jurídica día a día se mostraba alejada de las consideraciones de los operadores de justicia. La bancarrota y la pobreza minaban la confianza en el derecho, el cual requería de fuertes ajustes para responder a las demandas sociales (Wolfe, 1991)¹⁷.

Estas teorías tienen como característica desconocer el papel del legislador y por tanto del principio de frenos y contrapesos. Los conceptos de consenso y respeto a los derechos, corresponden a propuestas más elaborados propias de la filosofía analítica y muy cercanas al derecho constitucional, más que a la nuda teoría jurídica.

16 En el contexto Anglosajón el enfrentamiento se realiza con las tesis dominantes del S. XIX, en especial las de Austin (1968).

17 Una mirada desde la jurisprudencia.

2. El Juez Como El Señor Del Derecho

Hasta este lugar hemos tratado de dar un panorama no extenso de las tesis extremas de la relación entre juez y ley, posiciones de la filosofía del derecho surgidas antes de la segunda guerra mundial. La guerra como experiencia transformadora trajo consigo cambios en la teoría del derecho que establecen una importante centralidad del juez y de una relación creativa e interpretativa del derecho. La Tópica, la Hermenéutica, la Argumentación y el replanteamiento del positivismo, son el fruto de este reacomodamiento que apunta a dos aspectos: el análisis de la función judicial como actividad ligada a contextos, y la incorporación de elementos supra legales como aproximación a los valores en el derecho. Estos énfasis tendrán como eje central el papel del lenguaje dentro de la discusión teórica (Manero Ruiz, 1990).

De aquí en adelante pretenderemos abordar algunos de los principales problemas entre juez y ley desde la perspectiva del primero, esperando construir los derroteros de un modelo judicial cercano a las exigencias que se presentan en el Estado constitucional contemporáneo.

a. Juez vinculado al derecho

Para la ciencia jurídica del Estado liberal clásico, la ley es la máxima expresión del derecho, y podría decirse de manera radical, la única expresión jurídica. Si bien para las doctrinas del siglo XIX, no eran desconocidos, ni mucho menos, las tradiciones o los principios generales del derecho, las soluciones a los problemas jurídicos estaban todos en la ley, como fuente suprema, de la voz del soberano¹⁸.

18 La construcción demo liberal fija en la ley y su construcción e interpretación el centro de su actividad jurídica y política. No parece razonable que los jueces que en el Antiguo Régimen estuvieron sometidos a la voluntad del monarca absolutista ahora tuvieran la oportunidad de

Una vez se superó el análisis del derecho desde un punto exclusivamente legalista, se entendió que el juez debía estar vinculado al derecho y no a la ley. Pero, ¿qué significado tiene esto?. Muchos autores han hecho definiciones sobre lo que significa derecho, pues al fin y al cabo desde cada perspectiva teórica se elabora una. Pero si prescindimos de apreciaciones conceptuales y recurrimos a los hechos jurídicos y a los procesos jurídicos con ánimo descriptivo, podremos darnos cuenta con facilidad que el derecho no está constituido únicamente por la ley. Cuando el juez fija la duración de una pena, determina los límites de una ley no reglada, o determina si un derecho merece la protección por medio de la acción de tutela, utiliza sin duda más que meras prescripciones legales. Pero, ¿qué es aquello que utiliza el juez más allá de la ley misma?.

El positivismo kelseniano es enfático en defender la independencia del derecho y los valores. Pero esta visión no observa la existencia de figuras que perviven en medio de lo exclusivamente jurídico y lo axiológico. Uno de estos elementos que participan en la decisión jurídica, corresponde a los principios (Atienza; Ruiz Manero. 1991)¹⁹. Estos principios no se encuentran muchas veces en leyes, pero lo cierto es que los jueces en sus decisiones los aplican. La equidad, el abuso del derecho, ciertas formas de culpa, son acu-

reformar en algún sentido lo que el pueblo había conquistado por medio de la revolución: el libre albedrío. El legislador es el único legitimado para hacer la ley y evidenciar sus alcances (interpretación auténtica), de lo contrario se estaría delegando un poder contra mayoritario en manos no garantistas. La casación incluso en principio fue pensada para que fuese el legislador el que la resolviese, pues la virtud de la ley se desnaturalizaba en manos judiciales. Con la consolidación del modelo liberal centro europeo, poco a poco, el juez fue adquiriendo funciones especiales en esta materia.

- 19 Diferenciaremos la expresión principios de principios generales del derecho, entendiendo la segunda como expresión metanormativa que señala la relación y subordinación de estas abstracciones con el derecho. La primera, por el contrario, se entiende como un tipo de norma cuya aplicación puede ser gradual y ponderada. Contrario al de regla, cuya característica es precisamente la de su aplicación en forma *de todo o nada*. Ver, ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, Sobre principios y reglas, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho, No. 10, 1991.

ñaciones de la tradición jurídica que independientemente de reposar en una ley son tenidas en cuenta cuando, o la ley es insuficiente, o la ley, es abiertamente contraria a estos frutos de la actividad judicial o incluso atenta contra la evidencia de una situación que necesita la justicia material²⁰.

En general, los principios constituyen formas jurídicas que rebasan idea tradicional de la ley, e indican contenidos axiológicos, sin contener descripciones de tipo prescriptivo o que contengan excesiva reglamentación. Estos, pese a su generalidad, indican caminos o rutas a seguir al resolver especialmente casos difíciles o situaciones de protección a los derechos, son *mandatos de optimización*.

Si bien estos principios en las actuales constituciones se encuentran normados e incluso se promulgan leyes con el objeto de definir sus contenidos, representan, sin embargo, un nivel que supera la interpretación de la ley, ley entendida desde luego con la suma de las reglas.

Para autores como Zagrebelsky (1995) una de las razones de la ruptura legalista, es la división entre derechos y ley. Para el Estado decimonónico la ley promulgaba los derechos, los creaba. Ahora se puede afirmar que los derechos existen antes de la creación legal²¹, lo cual tiene como consecuencia inmediata que la ley no regula todas las posibilidades del sistema jurídico, lo que hace que el juez debe ir

20 Sobre justicia material y principio de legalidad, Robert Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Edit. Gedisa, Madrid, 1994.

21 Esto sin duda es recuperar de alguna manera argumentos de corte iusnaturalista como los utilizados por Locke para su teoría justificatoria de los derechos. La versión estatalista de los derechos, es decir, aquella que señala que los derechos los crea el Estado no los reconoce, perdió fuerza frente a las reflexiones de la posguerra y de los debates en torno al nacimiento de Naciones Unidas. Al respecto ver, FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*, Edit. Trotta, Madrid, 2003. Esta situación sin embargo, no lleva a concluir de manera sencilla que la vuelta iusnatural es inminente, pues en realidad el fenómeno es otro, es la creación de otras expresiones teóricas como las teorías de la argumentación cuyo esfuerzo se concentrara en la racionalización de los juicios de valor.

más allá de la ley para poder abordar una serie de problemas relacionados con su actividad judicial.

En esta misma línea de comprensión del derecho como un modelo descriptivo, es innegable la utilización de elementos morales en la elaboración de la sentencia. Estos se matizan como argumentos jurídicos en la motivación (Habermas, 1996). El juez de nuestros días, es un juez humano, que no puede abstraerse de los contenidos morales que rodea su judicatura y aunque no tiene licencia para utilizar tales argumentos morales, debe intentar elaborar una motivación con respaldo jurídico; pese a que sepamos que su decisión no sea *pura*.

Como vemos, entender la vinculación del juez al derecho, y no a la ley, significa, que el funcionario judicial posee un marco amplio que le permita construir una sentencia acorde con lo que los juristas de finales de este siglo pretenden: juntar tanto el nivel práctico con el nivel netamente normativo. En palabras de Habermas: facticidad y validez.

Pero esta vinculación al derecho, ¿es una vinculación al sistema jurídico, o solamente es la utilización de un marco amplio de posibilidades normativas?. O en otras palabras, es plantear la vinculación desde la perspectiva de un sistema de fuentes ampliado, que no solo reconoce a la ley como derecho, sino que incluye elementos como verdaderas fuentes tales como los precedentes y las costumbres, pero siempre desde una perspectiva sistémica, y no como una sumatoria no racional de argumentos jurídicos y no jurídicos. En realidad esta última es la propuesta del Realismo, la primera más cercana a las teorías de la argumentación.

En resumen, la vinculación del juez se hace al nivel de sistema jurídico, y no como una utilización contingente de un catálogo de tópicos jurídicos. Entender esta ligazón fuera de este marco, es ignorar que el derecho es un sistema, un orden con coherencia y unidad

(Canaris, 1998), en donde las decisiones que se tomen en lo judicial interactúan de forma dinámica con los otros elementos del sistema²².

Por el momento tenemos claro que no solo la ley es la que vincula al juez; en realidad es el sistema jurídico (Kauffman; Hasserman. 1992. pp. 201 y ss) el que lo ajusta a sus límites y le da el catálogo tanto de herramientas como de pasos para que dicte su sentencia. La escogencia de estos factores se debate entre la discrecionalidad del juez y el conjunto de deberes que le impone el mismo sistema.

Este conjunto de obligaciones es lo que en últimas brinda la seguridad jurídica, que por definición, el derecho no puede perder. Si bien hemos cedido terreno a elementos que en determinados casos se pueden considerar contingentes, no significa que renunciemos a la seguridad jurídica.

i). El imperio de la ley

La ley, pese a ceder terreno ante las críticas realistas y las transformaciones de la teoría del derecho, sigue siendo considerada, y así lo es, una de las principales formas de protección a los derechos. La ley y su expresión sistemática: la codificación, deben ser consideradas como uno de los grandes progresos del derecho y de la humanidad. Por medio de la codificación (Kauffman; Hasserman. 1992. pp. 203 y ss) se alcanzan varios objetivos que hoy en día conservan los Estados democráticos. En primer lugar, tenemos la seguridad jurídica como principal garante de los derechos de los ciudadanos. Si no conocié-

22 La interpretación del artículo 230 de la CN, va justamente en este sentido, pues no parece razonable considerar en la actualidad un juez vinculado solo por la ley, especialmente porque esta suposición lleva a considerar la incompatibilidad entre el mandato de la supremacía constitucional y la aplicación formal del citado artículo. En otras palabras la inconstitucionalidad de la Constitución. Esta tesis rechazada por nuestra Corte, es reemplazada por otra que resulta plausible, que la vinculación es en realidad al Derecho, y que este Derecho se describe en las diversas fuentes reconocidas por la Constitución como fuentes del derecho colombiano.

ramos las leyes antes de desplegar cualquier acción con consecuencias jurídicas, estas actividades podrían conculcar fácilmente garantías como la libertad o la igualdad, pilares de nuestra organización socio política. La previsibilidad de las consecuencias jurídicas, encierra pues el ideal de una sociedad que repudia el despotismo, el desorden y la desigualdad de las relaciones entre sus asociados. Nadie puede negar que el imperio de la ley reduce la discrecionalidad del juez proporcionando soluciones iguales a casos iguales (Rawls. 1997).

Rawls (1997), considera incluso la legalidad como una de las garantías para alcanzar un orden justo. “Además, podemos decir que un orden jurídico está administrado más justamente que otro, si cumple de modo más perfecto los preceptos del imperio de la ley. Con ello asegura una base firme para la libertad y unos medios más eficaces para organizar los sistemas cooperativos” (Rawls, 1997. pp. 203).

Pero tras la seguridad jurídica se encuentra un elemento esencial para la teoría del derecho, y es el que hace referencia a la Validez. El factor validez es el vínculo que relaciona a las normas jurídicas con el sistema. Desde luego la comprensión de la validez, no puede ser aquella que se le aplica únicamente a las reglas, ya que como hemos visto el derecho no solo se compone de estas. La validez debe ser vista en una dimensión de aceptabilidad institucional, en donde su creación o admisión obedezca a uno de los canales prescritos por el sistema político-jurídico. Como sabemos además de las normas promulgadas por el proceso legislativo, existen otras cuya aceptación no es discutida pese a que no se dan dentro de estos canales exclusivamente políticos.

Pese a que el legislador no sea quien controle de manera total la adjudicación de validez de las normas; es vital para la democracia que la ley no se convierta en un conjunto de promulgaciones técnicas que no intervengan en las grandes decisiones del Estado, ya que, una cosa es que el legislador y su ley sean incompletos y una muy distinta, es desechar los procesos políticos de la democracia.

Por otra parte, otro de los frutos de la codificación es el que hace referencia a la sistematización del conocimiento jurídico (Kauffman; Hassemer. 1992). Al elaborar las codificaciones, la posibilidad de organizar los distintos preceptos que habían estado dispersos, facilitan la elaboración de reglas organizativas para la solución de casos, así como de una metodología de la ciencia jurídica. Es de notar que la codificación trajo consigo la demarcación de especialidades del derecho que permiten una comunicación más asertiva, en cuanto al manejo de determinados problemas jurídicos. La interpretación a favor del trabajador, la irretroactividad de la ley penal, el consenso contractual, son principios utilizados de mejor forma desde el marco sistemático de la codificación.

La codificación, y la ley como parte de esta permiten una evaluación del factor legitimidad a la decisión del juez. No cabe duda que al utilizar en mayor medida la ley escrita en la fundamentación de las sentencias, la argumentación de la decisión judicial podrá ser menos exigente, ya que la ley le irradia necesariamente una buena dosis de legitimidad. Una decisión podrá ser válida si se elabora con fundamento en la ley, pero no necesariamente será legítima en términos de aceptación de la misma. No obstante, como ya lo sostuvimos, el proceso legislativo si brinda elementos indispensables a la labor judicial. Validez, y una buena dosis de legitimidad.

Por último la codificación, trajo consigo el tránsito de los preceptos subjetivos del derecho natural a contenidos objetivos, que reposan en la ley. Todos aquellos valores supremos se vieron evidenciados en la certeza legal, aportando como consecuencia la movilidad del sistema jurídico. Esta movilidad de contenidos solo es posible si se tiene una referencia objetiva como el texto normativo, de lo contrario la fijación de una escala cerrada de valores, impone la tiranía de valores que violentan las garantías del sistema.

b. Juez creador del derecho

Hoy en día nadie duda que el juez se ve obligado a crear derecho. El mito de la perfección legal, ha muerto para cobijar posturas que se acerquen con mayor precisión a lo que realmente sucede con la actividad judicial²³. Este análisis de las realidades jurídicas nos lleva a concluir que el juez de nuestros días es un intérprete, un creativo del derecho.

Este acápite sobre la creación legal del juez lo abordaremos en tres puntos. Primero haremos algunos comentarios sobre la interpretación, y como esta refleja la actividad creadora del juez. Segundo, señalaremos algunos elementos relevantes sobre el lenguaje y la interpretación, por último analizaremos los límites a la creación y a la interpretación.

1). La interpretación

Kelsen (1991) define la interpretación como: “un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”. El positivismo reconoce pues que las normas superiores, en especial la Constitución, dejan un espacio de discrecionalidad al juez que debe ser llenado por una actividad que denominamos interpretación.

Interpretar es la actividad humana con la cual adecuamos un significado a nuestros propios contenidos semánticos. La complejidad de la interpretación se encuentra gobernada por el campo semántico al cual se desea ingresar, objeto y texto de las palabras, como también a las normas que regulan la adecuación de significados. De

23 La creación es fruto de una cotidiana actividad judicial, no puede tacharse *prima facie* como un activismo que distorsiona el sistema jurídico, debe entenderse como una herramienta de perfeccionamiento de dicho sistema.

esta manera, se observa que el intérprete no está libre realmente para construir sus interpretaciones, pues se encontrara con diferentes barreras para alcanzar total discrecionalidad. Límites sistémicos, lógicos, penales e incluso geográficos, culturales y psicológicos juegan un papel importante en la actividad interpretativa.

La interpretación jurídica de los textos o cualquier otro medio de expresión jurídica, poseen unas características precisas, dadas por el entorno del derecho mismo. No es posible interpretar una norma laboral de la misma forma en que lo hacemos con el derecho administrativo, o el penal, por lo menos *prima facie*.

En este pequeño esbozo de lo que consideramos es la interpretación es fácil notar que la interpretación es pues la actividad creadora del juez por excelencia. Una actividad que se despliega incluso como una obligación de tipo legal, pues la negación de justicia constituye una violación de un derecho de orden fundamental.

El sistema jurídico no permite que ante la oscuridad o ausencia de normas que dirijan un caso, el juez calle. La ley puede callar, el juez y el derecho, no. Este principio revela que la creación judicial se justifica no solo por la imperfección de la ley, sino como tendencia del sistema jurídico a ser entendido como un orden completo, orden que se mantiene de varias formas y con varios actores, uno de los principales: el juez. El juez no es gregario de la ley, sino atalaya del sistema jurídico.

Hemos establecido que la ley debe ser interpretada como defensa del sistema mismo, pero como ocurre esta interpretación?. Se dice: Juez o ley, o, Juez y ley?. En primer lugar, la relación entre juez y ley es de complementariedad con el objeto común: coherencia y orden al sistema jurídico. Nunca deberá preferirse alguno fuera de este concepto sistémico.

En segundo lugar mostraremos la teoría que explica de manera más cercana la interpretación misma como eminente actividad creadora: la hermenéutica jurídica. Si bien la hermenéutica posee deficiencias como un estudio que responda a los interrogantes de la teoría del derecho, considero que expone de forma detallada los procesos que ocurren cuando el intérprete del derecho se siente a resolver un caso. Dispondremos de algunos párrafos enseguida para exponer esta teoría, con el objeto de caracterizar de mejor forma el juez que describimos, y para entender su manera de actuar ante el fenómeno de la creación no solo de leyes, sino del derecho en general.

(1) La hermenéutica

La Hermenéutica jurídica, centra su atención en la comprensión del texto. Una de las versiones de esta hermenéutica es la que expone Hans-Georg Gadamer. Gadamer afirma que la comprensión del sentido lingüístico no constituye un fenómeno el cual solo sea receptivo, siempre implica un nivel de autocomprensión del sujeto que se produce en la comprensión. Esto implica que el sujeto llega al texto con una precomprensión del mismo. Así el fenómeno de la comprensión no es una instancia reproductiva, por el contrario, es evidentemente creativa.

De esta forma cuando el juez recibe un caso recrea una idea de solución sobre el mismo. Si un ciudadano invoca en acción de tutela la protección de su derecho a la igualdad, vulneración producto de una discriminación evidente de orden racial, sexual o etaria, intentará probablemente la recreación de una solución. Dicha solución se relaciona directamente con su condición y cosmovisión, luego inicia la construcción jurídica para legitimar su decisión. Así funciona la precomprensión.

Pero miremos un poco las ideas de Gadamer. Este ve la comprensión de un texto como un proyecto (Gadamer. 1994. pp. 65).

Proyecto que a la vez invoca un sentido especial y que en cada revisión del mismo se elabora una nueva interpretación que propone cambios, que realizan una creación como resultado final. Esta elaboración del proyecto muestra que el lector tiene un *prejuicio* sobre lo que lee. Busca encontrar una determinada idea o solución. Es imposible iniciar una interpretación sin ningún tipo de proyecto, siempre se quiere algo de él. Si es un libro de humor, se busca diversión y así se mira su contenido, si es una ley sobre protección al trabajador, se analiza de esta manera su sentido²⁴. Para el derecho la precomprensión es determinante, al orientar la creación judicial en uno u otro sentido escogido por el juez o señalado por el sistema jurídico. El problema sobre los sentidos de la interpretación y sus límites, se abordará más adelante.

Una vez que se tiene el primer preconcepto, se compara con los límites de éste, de este ajuste, resulta otro preconcepto más elaborado, describiendo un movimiento continuo de construcción del argumento. “Tiene su sentido el afirmar que el interprete no aborda el -texto- desde su instalación en el prejuicio previo; más bien pone expresamente a prueba el prejuicio en que está instalado, esto es, pone a prueba su origen y validez.”²⁵

Gadamer es claro que no pueden aventurarse interpretaciones que desconozcan el sentido del texto. Así “el que intenta comprender un texto está dispuesto a dejar que el texto le diga algo.” (Gadamer. pp. 66) Con todo, se rechaza de plano que la posición del intérprete no es de neutralidad, ni la de autocensura, sino que implica el acondicionamiento de las precomprensiones y opiniones del intérprete.

24 Este concepto se encuentra ligado a expresiones como telos constitución o constitución material. La fórmula política es el eje interpretativo de la constitución, y por ello, se busca, especialmente en sede de constitucionalidad, la protección sus contenidos. Ver, LOEWESTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1982 y MORTATI, Constantino, La Constitución en Sentido Material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

25 GADAMER, George, Óp. Cit. , Pág. 66.

Estas precomprensiones no son únicamente impresiones vagas sobre un tema, también constituyen el conjunto de conocimiento sobre la materia que posee el interprete, de manera tal, que tanto las concepciones sociológicas como eminentemente jurídicas se ponen en juego en el círculo de la interpretación.

Gadamer afirma que para que este círculo o espiral de interpretación tenga sentido, debe tener un complemento que llama “anticipo de completación”. “Me refiero a un presupuesto que preside toda comprensión. Según él, sólo es comprensible lo que constituye realmente una unidad de sentido acabada... Si este presupuesto [el de completación], resulta inverificable, es decir, si el texto no es comprensible, lo cuestionamos y dudamos.... Las reglas que seguimos en tales reflexiones de crítica textual pueden quedar aparte, ya que lo importante es también aquí que la legitimación de uso no se puede desligar de la comprensión del contenido textual”.

La aplicación de la norma no debe tener en cuenta no solo su posibilidad legal de aplicación, sino que el juez debe asumir una interpretación que induzca el contenido que ella quiere comunicar. El principio de la oralidad implica en su sentido textual la utilización en menor medida de medios escritos, esto sería el contenido textual. Pero si un juez decide interpretar este principio como transparencia de actuaciones, y así permitir el trámite escrito, creyendo que se cumple la oralidad implica no solo el desvío del fin de la norma, si no que, además deja de lado su sentido textual, el de la oralidad. No debe confundirse esta idea del objeto de la norma, como una teoría sobre el fin de la norma, ya que el esquema es mucho más complejo que el que propone una simple búsqueda del *telos* normativo; no obstante, no puede negarse que las normas si cumplen una función específica dentro del ordenamiento y dicha función no puede dejarse de lado. En la mayoría de los casos, el conocimiento jurídico nos permite divisar los propósitos de las normas.

De esta forma la interpretación del texto necesita indudablemente de la razón práctica, debido a que no puede abandonar su constante construcción a la intuición. “La comprensión hermenéutica del texto no es, pues, algo receptivo, sino un actuar práctico, configurativo. Solo a través de dicho actuar surge el derecho histórico, concreto. Aquí se muestra una vez más lo insostenible del dualismo metódico de ser y deber ser, según el cual la indagación del hecho y la aplicación del derecho constituyen dos fenómenos separados que se suceden temporalmente uno después del otro. Esto no es más que un espejismo, pues en realidad es absolutamente imposible conocer el hecho como tal, sin consideración alguna hacia determinada perspectiva normativa” (Kauffman; Hassermen. 1992. pp. 131).

Esta perspectiva en la que se clarifica que el juez de uno u otra forma es creador de derecho, al interpretar, no parece nada nuevo sobre la forma en que se han hecho las cosas. Pero este desenmascarar interpretativo, proporciona la claridad para intentar que esos *lapsus* de creación por la lectura del texto, puedan ser sujetos en el contexto de la argumentación jurídica; hecho importante que empuja al derecho hacia la Hermenéutica Jurídica.

Un aspecto que señala la Hermenéutica, es la distancia que existe con el autor. La interpretación originalista se le considera ingenua, ya que no es posible trasladar el espíritu a una determinada época, y así lograr la objetividad histórica. No parece lógico, sin embargo, eliminar de plano la intención del autor esta puede, debe seguir apareciendo como un criterio auxiliar para hallar la comprensión de la norma, sin pretender la *pureza* de su aplicación.

II) LA INTERPRETACIÓN COMO UNA ACTIVIDAD LIGADA AL LENGUAJE.

En este último punto quiero mostrar como la interpretación y por ende la creación judicial están íntimamente ligadas al lenguaje como herramienta. Autores como Carrió, Hart, Perelman y Nino, han trabajado el tema en extenso en la última mitad de siglo XX mostrando la conexión ineludibles entre el lenguaje y el derecho.

Bobbio (1990), sin ir más allá de los teóricos estudiosos del papel del lenguaje en el derecho, y más por su carácter esquemático que por su profundidad, en su artículo titulado “Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje”, hace un breve análisis sobre los procesos que los juristas asumen en el derecho con respecto al lenguaje.

El citado autor, presenta tres fases en las cuales los juristas desenvuelven su papel, al igual que presentan distintos énfasis dependiendo desde que área o rol asuman dichas observaciones. Estos momentos son:

- a. El lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso: la primera tarea del jurista es hacerlo más riguroso;
- b. El lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista es completarlo lo más posible;
- c. El lenguaje del legislador no está necesariamente ordenado: la tercera tarea del jurista es reducirlo a sistema.

La primera fase es de purificación, la segunda de integración y la tercera de ordenación del lenguaje jurídico (Gadamer. pp. 185). Nótese la similitud con los distintos estadios de desarrollo del derecho, y es obvio, un mayor desarrollo, necesita del refinamiento de las herramientas.

En cuanto a la primera fase de purificación, Bobbio se acerca a Wittgenstein (2008), enmarcando la búsqueda de los significados,

como una delimitación de usos de los términos, así, la construcción de conceptos es la designación de usos de los mismos. En términos prácticos, creo que abordar el lenguaje como un concepto que usamos en contextos determinados, permite esclarecer en muchas ocasiones la textura abierta de las normas, porque encuadra los términos en situaciones más específicas que permiten extraer más fácilmente conclusiones, generando las soluciones a los casos, que es finalmente lo que pretendemos.

En la fase de integración se resaltan dos elementos: el lenguaje de las normas es incompleto, y este puede ser completado. Esta necesaria complementación pone de manifiesto la labor creativa del juez respecto de las normas. Según Bobbio, esta labor de complementación no sucede de forma arbitraria. El derecho, como creador de un lenguaje técnico, y forjador de las reglas de transformación de las normas, pone límites en el análisis de los juristas, límites que son independientes de quienes elaboran la integración.

La tercera fase expresa la misma idea que hemos venido sosteniendo sobre la necesidad sistémica de los agregados jurídicos. Ordenar los elementos que integran el derecho es una labor que desborda la lógica tradicional, y que involucra elementos externos e internos al sistema jurídico, como es el entorno social y su necesaria coherencia interna.

III) LIMITES A LA INTERPRETACIÓN: HASTA DONDE LLEGA EL PODER EL JUEZ.

La interpretación como actividad permitida al juez en el estado contemporáneo, no es una tarea sin controles, por el contrario, las reflexiones sobre su papel en la actualidad ha generado justamente la reflexión sobre las herramientas para evitar que se desborde su poder.

Si bien se pueden encontrar espacios abiertos en donde la discrecionalidad judicial sea bastante alta, cabe mencionar que dichos poderes no son utilizados en la mayoría de los casos. Considero que la relación casos difíciles²⁶ y potestad creadora es directamente proporcional, y como los casos fáciles constituyen la mayoría, creo que pueden disminuir las preocupaciones, aunque tengo claro que no las destierra. A continuación pretendo mostrar los puntos que restringen la potestad interpretativa del juez. Estos límites no proponen ser un completo inventario.

(1) El sentido de la norma: El primer límite que encontramos a la actividad creadora del juez es el sentido de las normas. Dicho sentido aborda dos conceptos: por un lado el de significado de la expresión o expresiones, y por el otro, el que encierra el objeto de creación o existencia de las normas.

El significado es el primer criterio de interpretación. Nuestro Código civil hace referencia a este como un acercamiento del sentido obvio y natural de las palabras²⁷. Como límite, el significado de las expresiones resulta insuficiente ante la vaguedad del lenguaje y la diversidad de contextos en el que se encuentra. De todas formas con las palabras y expresiones se señala un campo determinado que debe ser respetado por el intérprete. Si se habla de propiedad, no puede el intérprete hablar de fiducia como un equivalente.

El sentido de la norma, involucra un aspecto más profundo y problemático que el significado, pero, pese a esta subjetividad, no permite que las normas se manejen al antojo del juez. Cuando una norma es creada posee un objeto que no permite que ésta se emplee de cualquier forma y en cualquier contexto. Si un juez al interpretar

26 Hago referencia a la extendida expresión de Hart sobre las dificultades de la interpretación y su relación con la indeterminación de los conceptos jurídicos.

27 Código Civil Colombiano, artículo 28.

una norma cuyo objeto sea el proteger a una minoría discreta e insular, intenta extender dicha protección a una mayoría, esta sin duda violando el sentido de esa norma; modificando el sentido claro de la norma, cosa que no le está permitida.

(2) Los criterios interpretativos: cuando la ley misma pone de manifiesto cuales son los campos de acción en materia de interpretación, a la vez esta delimitando cómo y cuándo el juez puede crear. Es como si la legislación misma le otorgase al juez un territorio por donde pueda moverse con mayor o menor soltura. Para el caso colombiano, tanto el Código Civil como la Constitución²⁸, pretenden dar esos linderos en donde la actividad creadora del juez se despliega.

(3) Controles internos: Los jueces al estar inmersos en un aparato burocrático, como es el poder judicial, y al interpretar dicho aparato dentro de una lógica orgánica en el Estado democrático, poseen controles a su proceder. Los jueces no son islas que tienen plena libertad de asumir interpretaciones. Las instancias se convierten en límites a la función creativa del juez. El superior jerárquico, no permite que sus inferiores aborden cualquier clase de interpretación, éstas deben ajustarse a lo que la dinámica del desarrollo judicial dicte.

Esta jerarquía hace de la jurisprudencia un mecanismo de control al juez aunque en algunos sectores se dude aun sobre su obligatoriedad. De forma fáctica, la jurisprudencia orienta de forma bien clara las tendencias interpretativas y los alcances de las elaboraciones judiciales acelerando o impidiendo las transformaciones del derecho.

(4) Controles del sistema: El sistema jurídico como el ente en el cual se circunscriben las interpretaciones de los jueces, hace exigencias claras a las decisiones que estos toman. Los jueces no

28 Constitución Colombiana, artículos 1, 230, 247, Código Civil, artículos 25 y s.s.

pueden entonces proferir sentencias sin tener en cuenta la lógica que el sistema necesita para su propia subsistencia. Como todo sistema exige un mínimo de orden y coherencia para poder hacer óptimo su funcionamiento.

Una interpretación puede desbordar la ley, pero no puede desbordar el sistema normativo; ya que las creaciones judiciales son siempre agregados de un todo que llamamos sistema. Una vez una decisión judicial se encuentra fuera de las reglas del sistema, esta debe ser trasladada a otros actores, distintos al judicial, o si es el caso, expulsada del mencionado ente. El sistema como límite procura que además de la tendencia a la completud, concordancia y coherencia del mismo, la interpretación del juez se mantenga dentro de los valores y principios rectores del sistema.

En esta materia, la Constitución se presenta con un doble propósito: exponer los pilares valorativos del sistema y servir como norma fundamental ordenadora dentro de la escala jerárquica de las normas. Porque la jerarquización de las normas constituye también un fuerte límite al análisis judicial, en donde la Constitución es definitiva.

Sobre este punto, no podemos dejar de lado el carácter de la misma interpretación sistemática como herramienta permitida y justificada dentro del derecho. La ley no debe ser vista como un monumento individual del legislador, el juez aborda el derecho con un carácter integral, desplazándose por distintos campos normativos, ya sean leyes, principios, o costumbres jurídicamente reconocidas, pero estos movimientos no se hacen de cualquier forma, el mismo sistema brinda las reglas establecidas con anterioridad para elaborar este tipo de examen.

Por último, el sistema da al juez por medio de las reglas de adjudicación la competencia para desarrollar determinados temas.

No puede al juez desbordar esta adjudicación, de lo contrario sus actuaciones no tendrán valor alguno.

(5)La argumentación: Hemos dicho que el sistema exige mínimos de coherencia, pero quiero hacer énfasis sobre la argumentación, porque considero que en última instancia, es esta quien define si las interpretaciones de los jueces logran adherirse al sistema jurídico, logrando así sobrepasar las trabas que hemos expuesto.

Una argumentación sólida, que logre la aceptación del auditorio para quien va dirigida creo que despeja el camino del intérprete. Pero esta necesidad de aceptación del público a quien van dirigidas las actuaciones judiciales, legitimidad, es un factor importantísimo para evitar que los jueces, e incluso los distintos operadores jurídicos aborden la solución de los problemas del derecho de cualquier forma.

La motivación del juez es el punto central de la actividad interpretativa, es más, es imposible referirnos a la interpretación judicial, sin pensar en las razones por las cuales un juez llegó a tal o cual decisión. Una decisión creadora que no contenga una motivación no puede ser considerada como una interpretación, es solo abuso de poder.

c. A Modo De Conclusión: El Juez Como Garante Del Sistema Democrático

El esfuerzo sistémico que se relata en el texto, se traduce al final en el intento de equilibrar la tensión entre derecho y legitimidad, entre eficacia y social y seguridad jurídica. De esta manera, los argumentos especialmente teóricos se traducen en la praxis del estado constitucional, como el esfuerzo de construir las condiciones para que los jueces promuevan los valores que la constitución y la democracia defienden.

Así las cosas, el juez en el sistema democrático cumple un papel al cual no puede sustraerse. El control judicial es una función que

debe hacer de los jueces un seguro contra la tiranía y otras formas de opresión. El juez como guardián de la Constitución, debe mantener el orden institucional y garantizar a los asociados el disfrute de las garantías de la Carta fundamental.

En Colombia, los jueces deben asumir este papel de forma activa para fortalecer la democracia. El juez no puede pensar que su imparcialidad significa instalarse en un ambiente ajeno al que rodea su judicatura; por el contrario, si un juez pretende ser imparcial debe tratar de conocer la mayor cantidad de información con el objeto de brindar una solución práctica que no solo sirva para aplicar el derecho, sino que aporte a las dinámicas sociales existentes, desarrollos que no se pueden interpretar ajenos a principios como el democrático.

Es indudable que cada juez según su jerarquía puede influir en mayor o menor medida en la preservación y desarrollo del sistema democrático, pero también es cierto que todos participan. Esta participación es autorizada por la misma lógica de división de poderes, en donde los jueces han ido ganado terreno con respecto al ejecutivo y al legislativo. El fortalecimiento del poder judicial y por ende de los jueces es el resultado de una interpretación distinta de las labores del estado, y en particular de la metodología para solucionar los conflictos sociales y garantizar los derechos en especial constitucionales.

Se busca tener una sociedad en donde se disminuyan los atropellos a los ciudadanos, así como la eliminación de desigualdades entre ellos. Es en este escenario en donde los jueces alcanzan un protagonismo importante.

Nos encontramos en acuerdo con Ely (1997), cuando afirma que los jueces son los actores más propicios para controlar los desequilibrios del sistema democrático, y no otros elementos como el consenso reflejado en las legislaturas. Los jueces se convierten en árbitros que interpretan las reglas para que los actores puedan jugar de forma segura y confiable. El juez trata de propiciar el equilibrio

de los contrincantes, asegurando el libre juego del mercado de ideas. En definitiva, los jueces aseguran que los puntos vitales del juego democrático no sufran ningún menoscabo, manteniendo despejados los canales del cambio político, y asegurando que todos los ciudadanos puedan disfrutar de las prerrogativas Constitucionales.

Referencias Bibliográficas

- Arjona Sebastia, César (2006), *Los Votos Discrepantes del Juez O.W. Holmes*, Edit. Iustel, Madrid.
- Austin, John (1968), *The Province of Jurisprudence Determined*, Edit. Weidenfeld and Nicolson, London.
- Atienza, Manuel y Ruiz Maniero, Juan (1991) *Sobre principios y reglas*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, No. 10.
- Blanco Valdes, Roberto (2006). *El Valor de la Constitución*, Edit. Alianza, Madrid.
- Bernuz, María José y Geny, Francois. (2006). *El derecho. la lucha contra el método exegético*, Edit. U. externado, Bogotá.
- Bobbio, Norberto (1990). *Contribución a la teoría del derecho*, Edit. Debate, Madrid.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1998). *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, España.
- Ely, Jhon Hart (1997). *Democracia y desconfianza*, edit. Siglo del hombre, Bogotá.
- Gadamer, Hans-George (1994). *Verdad y Método*, Tomos I y II, Edit. Sígueme.
- García Máynez, Eduardo (1986). *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, Buenos Aires.
- Gavara, Juan Carlos (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfred (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Edit. debate, Madrid.
- Habermas, Jurgen (1996). *Facticidad y Validez*, Edit. Trotta, Madrid.
- Ihering Von, Rudolph (2000). *La lucha por el derecho*, Edit. Temis, Bogotá.

- Iturralde Sesma, Victoria. Lenguaje legal y sistema jurídico: cuestiones relativas a la aplicación de la ley, Edit. Tecnos, Madrid.
- Kelsen, Hans (1991). Teoría pura del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, capítulo VIII
- Lifante Vidal, Isabel (1999). La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Loewestein, Kart (1982). Teoría de la constitución, Ariel, Barcelona.
- Rawls, John (1997). Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica.
- Reichel, Hans (1921). La ley y la Sentencia, Madrid.
- Ritter, Gerhard (1991) El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- Truyol y Sierra, Antonio (2004). Historia de la filosofía del derecho y del estado: 3 idealismo y positivismo, Edit. Alianza, Madrid.
- Mateucci, Incola (1998). Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno, Edit. Trotta, Madrid.
- Manero Ruiz, Juan (1990). Jurisdicción y normas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Wittgenstein, Ludwig (2008). Los Cuadernos azul y marrón, Edit. Tecnos, Madrid.
- Wolfe, Christopher (1991), La transformación de la interpretación constitucional, Civitas, Madrid.
- Zagrebelsky Gustavo (1995), El derecho dúctil, Edit. trotta, Madrid.