

El imperio de la discrecionalidad judicial

*Carlos Andrés Echeverry Restrepo**

Resumen

El escrito pretende exponer algunos argumentos que han atizado el debate sobre la denominada “discrecionalidad judicial”, asunto que tiene su realización más palpable en el cambio de valor de los llamados criterios auxiliares de interpretación judicial como lo son la jurisprudencia y la doctrina, en este caso un resultado de la jurisdicción constitucional. Este cambio de valor, de criterio auxiliar a principal, al mismo nivel de la ley, ha generado un torbellino de críticas y respaldos magnificados por alguna ligereza informativa de los *mass media* que aún está lejos de amainar. Empero, tales diferencias doctrinales llevan a enriquecer el cuerpo teórico de un derecho colombiano todavía en evolución.

Palabras claves

Discrecionalidad judicial, jurisdicción constitucional, teoría del error, interpretación judicial, fuerza vinculante.

Abstract

This article aims to show some of the arguments that have fueled the debate over “judicial discretion,” an issue that has become most evident in the changing value of so-called auxiliary criteria of judicial interpretation, like judicial opinions and legal doctrine, which in this case derive from constitutional case law. Such a change in appraisal (going from auxiliary to principal criteria, on equal footing with statutes), has produced a whirlwind of criticism and support, enhanced by some informative flippancy from mass media, which is still far from abating. Nevertheless, such doctrinal disputes help strengthen the theoretical corpus of Colombian law, still in evolution.

Keywords

Judicial discretion, Constitutional courts, Theory of mistakes, Judicial interpretation, Binding force.

* Profesor catedrático del Departamento de Humanidades de la Universidad Tecnológica de Pereira. Este escrito está dedicado a mi valiente y adorada madre.

1. Introducción

El célebre debate sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional que realizaron el siglo pasado en Alemania Carl Schmitt y Hans Kelsen (Bernal, 2005: 30-33) parece haber traspasado las fronteras espacio-temporales para enclavarse en una actual discusión sobre las reales manifestaciones de los temores de Schmitt en lo referente al *gobierno de los jueces* y a la *politización de la justicia*¹. Estos elementos socavan —según los contradictores de una creadora jurisdicción constitucional— el ideal mismo de justicia y el cambio de concepción del Tribunal Constitucional de legislador negativo² a órgano que participa activamente “en el conjunto de las fuentes del derecho de manera creciente” (Plazas, 2003: 9), poniendo en riesgo la división de los poderes públicos y erigiendo al mismo tiempo a esta alta corte como juez creador de derecho o legislador judicial.

La controversia sobre legitimidad y validez de esa nueva función creativa de la jurisdicción constitucional, o de los resultados de su ejercicio, presupone la adopción de dos posturas (escéptica y optimista³) frente a la posibilidad de “reconocer en su gestión un poder autónomo que, en cierta medida, subordina

¹ En 1934, Carl Schmitt, en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (Über die drei arten des rechtswissenschaftlichen denkens), arremete contra la institución ideada por Kelsen para el control constitucional (Tribunal Constitucional), pues el concepto de la independencia del espacio jurídico frente a lo político contemplado por Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* (Reine Rechtslehre) no tiene razón de ser ya que, según Schmitt: “[...] los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y a la supremacía de uno sobre otro puede vincularse un dominio intelectual y con ello político sobre un pueblo”. En síntesis, Schmitt señalaba que era inevitable subsumir lo jurídico en lo político, y que por tanto las decisiones de un Tribunal Constitucional estarían haciendo dos peligrosos papeles: la judicialización de la política y la politización de la justicia. Un mayor desarrollo del concepto político de lo jurídico de Schmitt puede encontrarse en: Sanromán (2004) y Bernal (2005: 30).

² Kelsen señala que el poder de creación de la ley no se presenta en el proceso de anulación de las normas (de observancia del Tribunal Constitucional). Por efecto de la función de anulación atribuyó Kelsen un carácter de legislador negativo al Tribunal Constitucional (no crea sino que anula leyes) pues “el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar [...] la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho” (Kelsen, 2001: 56-57).

³ Esta categoría ha sido propuesta y desarrollada por Bernal Pulido en *El derecho de los derechos*. Cabe destacar que para el desarrollo de este escrito se tomará la distinción entre “pesimistas y optimistas” o “formalistas y antiformalistas” (categorías propuestas por López Medina), pero no en un sentido peyorativo o discriminatorio, para referirse a los exponentes de dichas corrientes de la teoría del derecho.

a los demás poderes” (Plazas, 2003: 12), a través de la fuerza vinculante de su jurisprudencia y su doctrina convertidas ahora en fuente formal del derecho, a diferencia de su original carácter subsidiario o auxiliar, y complementarias del “Imperio de la Ley”.

Esta modificación en la valoración de las fuentes presenta una evidente tensión dentro de la misma Constitución. Por un lado, se encuentran los defensores de la tesis escéptica que establecen una interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política⁴, en el sentido de que tanto la jurisprudencia como la doctrina, en este caso la surgida de la jurisdicción constitucional, son criterios auxiliares de la actividad judicial, esto es, con un valor supletorio ya que es la ley positiva —general y abstracta— la que se configura como fuente formal e indiscutible del derecho, pues ella es la que ordena el imperio venerado. Esta concepción propone y da preeminencia al ideal de Fioravanti del *legislador virtuoso*, esa especie de poder legislativo soberano representado en este caso por el Congreso de la República, que aparte de “reencarnar de manera indolora la voluntad general”, ofrece “el máximo de certeza y garantía de los derechos” y un control efectivo de constitucionalidad sobre las leyes que él mismo expide (2001: 73-74).

Por el contrario, la tesis optimista afirma que los artículos 4 y 241 de la Constitución Política⁵ “consideran plausible, e incluso necesario, atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia” (Bernal, 2005: 204), superando así el pensamiento conservador de “criterio auxiliar” y trascendiendo la visión general de que el Imperio de la Ley sólo hace referencia a la norma escrita, general y abstracta y no al conjunto de principios, normas o finalidades que integran sistemáticamente el ordenamiento jurídico.

Paradójicamente, la solución a esta “tensión constitucional” se desarrolla en favor de la Corte, pues la fuerza vinculante del precedente judicial es en gran medida producto de la misma jurisprudencia o de alguna sentencia que intente ofrecer fórmulas argumentativas razonables para sustentar la transformación

⁴ Dicho artículo literalmente dispone: “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”.

⁵ “ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

“ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones [...]”.

de la Corte y sus providencias en ley misma, ya que no existe claridad meridiana en la Constitución o en otras normas que permita delimitar su inclusión dentro del sistema de fuentes formales.

Entre los principales aportes de la Corte que sirven para reanimar la confrontación entre las tesis optimista y pesimista tenemos la Sentencia T-547/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), que establece que el obviar el precedente constitucional violaría el principio de igualdad debido a que no se trataría un caso similar de la misma forma, y la Sentencia T-123/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que denomina vía de hecho a la negativa de un juez de no seguir la doctrina y jurisprudencia constitucional. Adicionalmente, dos aportes interesantes los constituyen la Sentencia C-083/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y la Sentencia C-252/01 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). La primera trata de poner en equilibrio las tesis escéptica y optimista al decir que la doctrina constitucional es integradora e interpretativa, esto es, integradora cuando llena vacíos legales aclarando el proceder —obligatorio— del operador jurídico frente a determinado caso, e interpretativa cuando la parte motiva de la sentencia llamada *obiter dicta* sirve como criterio auxiliar o pauta de orientación en casos difíciles. Entretanto, la Sentencia C-252 de 2001 reconoce que en el interior de la Corte existen dos tendencias o posturas (tradicional y reformista) que evidencian una ruptura en el devenir judicial.

No es tarea sencilla el conciliar dos tipos de interpretaciones sobre el papel que debe desempeñar la doctrina de la Corte Constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, argumentar la competencia que allí debe ejercer (si se tiene en cuenta que el desarrollo jurisprudencial ha extendido las competencias del alto tribunal), sustentar en forma razonable por qué la jurisprudencia⁶ y la

⁶ Es difícil encontrar una definición unívoca del término “jurisprudencia”. Jorge Mario Magallón nos ofrece una interesante aproximación sobre su origen e interpretación jurídica. Inicialmente se señala a la filosofía práctica aristotélica como la fuente de la jurisprudencia. Es bien sabido que los griegos tenían a la ética como punto principal del “valor de la conducta humana”, de la cual el concepto central era la virtud (*areté*), que llevaba a la perfección moral e intelectual (*logos*). Dentro de estas se encontraba la prudencia (*phrónesis*), que es la que “señala y prescribe en cada circunstancia concreta cómo debe ejercerse la acción moral que puede ser calificada de virtuosa”. Para Aristóteles el que “calcula bien lo conveniente a cierto fin” debe ser llamado una persona prudente; en consecuencia, el presupuesto esencial para la prudencia es la razón. Por otro lado, Magallón expone que Georges Kalinowski, al preguntarse sobre el significado de la *phrónesis*, respondía que no era posible definirla sintéticamente, aunque ofrecía una posibilidad de entenderla como una disposición propia de la razón para distinguir al bien del mal. Finalmente, se comenta el aporte que Tamayo y Salmorán hace al término “jurisprudencia”, el cual se aplica “al hombre sabio, que es a la vez culto y de buen juicio”. En términos generales, para este autor la *prudencia juris* se convierte en ciencia “cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega apoyada en la *Analitica posteriora* [...] [con] la *Analitica priora*, *Physica* y *Meta physica*. Consecuentemente la jurisprudencia era el oficio

doctrina constitucional⁷ deben asimilarse como fuentes formales del derecho, o aceptar el rol de la Corte como colaborador activo en su creación. Las anteriores consideraciones justifican por sí mismas un análisis detenido del comportamiento del precedente constitucional y la manifestación de una defensa o crítica razonable de aquél, siempre y cuando se compruebe que contribuye a la evolución y pervivencia del derecho o a su estancamiento y petrificación.

2. Crítica a la racionalidad argumentativa de Zuluaga Gil: Todo vale

Agotadas parecen estar las formas mediante las cuales se ha dicho incesantemente que el derecho no es una “disciplina estática” sino una “ciencia en permanente cambio, muy dinámica” (Zuluaga, 2004: 7), no obstante no estén del todo concluidas las discusiones acerca de su carácter científico o sobre la validez e infalibilidad de los fundamentos de su teoría epistemológica. Parece prudente, como ejercicio preliminar, hacer una vaga pero necesaria aproximación sobre el carácter científico del derecho, especialmente en aquel aspecto que identifica a la ciencia con el método y a éste con su posibilidad de cambio o evolución.

Esta aproximación tiene una connotación bastante riesgosa, al suponer la adopción de referentes teóricos controversiales por sus posturas críticas y demolidoras contra la aparente unidad lógica de la institucionalidad científica del derecho. Incluso, la aproximación puede ser vista como la reivindicación de la “lógica del suplemento” de Derridá⁸, en detrimento de las jerarquías

que practicaban quienes se encontraban vocacionalmente [sic] dedicados al derecho, y el conocimiento que les caracterizaba fue reconocido como *iurisprudencia*, y a quienes la diseñaban, *jurisprudentes*” (Magallón, 2004: 112-114). Para la Corte Constitucional, en Sentencia C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la *iurisprudencia* contiene orientaciones y “pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos”, las cuales son entendidas como “criterio auxiliar de la actividad judicial”.

⁷ La doctrina constitucional es definida por la Corte (Sentencia C-083 de 1995) como aquella que fija “el sentido de [...] [las normas constitucionales], su alcance y pertinencia”, la cual es elaborada por el intérprete supremo de la Constitución (Corte Constitucional). López Medina (2000: 22), al interpretar la Sentencia C-083 de 1995, cree que la doctrina constitucional se aplica en casos de vacío legislativo, y allí “no se desquicia el sistema tradicional de fuentes”, pues las sentencias no tendrían fuerza obligatoria ya que sobre el vacío operaría no un criterio auxiliar sino la Constitución misma a través de su intérprete supremo.

⁸ Según César Rodríguez (1999: 51), la lógica del suplemento de Derridá es “la inversión de las jerarquías para mostrar la contingencia del orden establecido por éstas y la posibilidad de privilegiar el polo (suplemento) que hasta ahora ha sido subyugado”. Esta lógica del suplemento tiene como objetivo principal demostrar el “carácter relativo de todas las construcciones de la razón” para indicar el carácter parcializado (no neutro como lo exige la ciencia) de los discursos académicos y científicos dominantes.

conceptuales dominantes que anteponen en la ciencia jurídica lo objetivo a lo subjetivo, lo coherente a lo indeterminado y la estabilidad al caos. En este aparte tendrá especial relevancia la crítica de Paul Feyerabend a la epistemología y la filosofía de la ciencia, aquella visión anarquista del conocimiento que desmitifica dogmas acerca de la coherencia y certeza de las reglas científicas y provoca a los especialistas por señalarles la deshumanización de su discurso. Para relacionar la teoría de Feyerabend con el derecho, y derivar de su aplicación las primeras contribuciones racionales para sustentar la aparente indeterminación e incoherencia del mismo (necesarios para desarrollar los conceptos de vacío y penumbra legal), es relevante hacer una crítica a la concepción que sobre éstas tiene Zuluaga Gil⁹, así como al cuerpo argumentativo de los exponentes de las tesis pesimista y optimista¹⁰.

Para Zuluaga Gil resulta de capital importancia conocer cuál es la “coherencia motivacional en el proceso de aplicación de las normas” de los jueces y comprobar si ellos cumplen con la garantía en la observancia de algunos “supuestos fundamentales” de todo Estado de Derecho como “[...] la seguridad jurídica en la aplicación del derecho y la prevalencia del principio democrático en el proceso de creación de normas” (2004: 7). Asimismo, Zuluaga se pregunta si un juez puede “desde la soledad de su despacho, inmerso en sus propias valoraciones y catálogos axiológicos, garantizar la aplicación imparcial e igualitaria de la ley” (2004: 7), y también cuestiona si dentro de la amplia libertad de la discrecionalidad judicial, aceptada con reparos hoy día, obviamente por los defensores de la tradición francesa que escuda *L’ empire de la Loi puisque celui-ci attaque l’ ancien régime*¹¹, se puede “asegurar la unidad, armonía y coherencia del ordenamiento jurídico” (2004: 8). Como lo reconoce el mismo autor, sus planteamientos son “demasiado conceptuales” (Zuluaga, 2004: 8) y hasta de difícil comprensión; no obstante, contienen la semilla que nutre el actual debate jurídico que erróneamente se nos ha querido presentar como una confrontación iusteórica para sustentar la pertinencia de convertir las providencias de los jueces en equivalentes de la ley, cuando realmente se trata de una discusión entre líneas que no deja ver ni sentir con plenitud la difamación o la defensa feroz de la supuesta armonía, coherencia, validez, racionalidad discursiva y rigor del derecho como ciencia¹².

⁹ A mi parecer, Ricardo Zuluaga Gil es un agudo exponente de la tesis pesimista de la fuerza vinculante de la doctrina constitucional.

¹⁰ Sobre las tesis optimista y pesimista ver *supra*, Introducción.

¹¹ “El Imperio de la Ley porque este ataca el antiguo régimen”. Traducción del autor.

¹² Es en esta discusión entre líneas, en esta crítica feroz entre partidarios de la indeterminación/determinación, plenitud/lagunas del derecho, donde éste recibe verdaderamente su bautismo científico y su reconocimiento como teoría epistemológica pues, como lo propone

Expresiones como “coherencia motivacional”, “supuestos fundamentales”, “seguridad jurídica”, “prevalencia del principio”, “aplicación imparcial e igualitaria de la ley”, “unidad, armonía y coherencia del ordenamiento jurídico”, se encuentran esparcidas prolijamente en el ensayo de Zuluaga. Ellas pretenden escindir a la ciencia jurídica de la teoría del error¹³, mostrando al derecho como una institución cierta e infalible que sólo puede ser dinámica y estar en permanente cambio si dichas transformaciones siguen a pie juntillas los postulados de certeza e infalibilidad de una racionalidad fija, de métodos inequívocos o cláusulas pétreas y unívocas en su interpretación como el “Imperio de la Ley” o la doctrina y la jurisprudencia como “criterios auxiliares” de la actividad judicial.

Empero, para ser el derecho “una ciencia en permanente cambio” (Zuluaga, 2004: 7) no puede presentarse como una unidad coherente, estable, armónica, o con jerarquías intocables que determinan cuál debe ser el principio que prevalece o los “supuestos fundamentales” del Estado de Derecho que no pueden ser transgredidos por la lógica del error; al contrario, “toda estabilidad de este tipo indica que hemos fracasado en trascender una etapa del

Karl Popper, el trabajo del científico se desarrolla con la crítica y no con la observación, pues “[l]a discusión crítica y racional nos posibilita criticar nuestras hipótesis y eliminarlas como falsas sin exterminar a los descubridores o representantes de las malas hipótesis. Esta es la mayor conquista del método crítico: nos posibilita reconocer hipótesis como equivocadas y juzgarlas sin juzgar a sus portadores. El método de la discusión crítica deja morir a nuestras hipótesis por nosotros” (citado en: Filosofia.org, fecha no especificada). Casi en el mismo sentido de Popper, Feyerabend sostiene que la ciencia no se rige por un método universal, que en su interior hay anarquismo y que este anarquismo teórico “promueve mejor el progreso de la ciencia y la sociedad”. Sostiene, además, que una “combinación de crítica y tolerancia de las inconsistencias y anomalías [de la ciencia], a la vez que la absoluta libertad, son los mejores ingredientes para que la ciencia sea productiva y creativa”. En: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec_12.html (contenido revisado el 12/03/06). No importa si miramos el debate desde la visión crítica de Popper o anarquista de Feyerabend, lo cierto es que la *discusión entre líneas* planteada acerca del *desprestigio y la defensa feroz de la supuesta armonía, coherencia, validez, racionalidad discursiva y rigor del derecho como ciencia*, se convierte en el principal elemento para determinar la validez del carácter científico del derecho (por la crítica y confrontación de hipótesis entre las tesis pesimista y optimista).

¹³ Según Feyerabend (1989: 8-12), esta teoría del error es parte integral de la ciencia, pues responde a la “idiosincrasia del pensador individual, del observador individual e incluso del instrumento individual de medida”, es decir, las reglas “ciertas e infalibles” de la teoría epistemológica no son así pues “[D]espués de todo la historia de la ciencia no sólo consiste en hechos y en conclusiones extraídas de ellos. Se compone también de ideas, interpretaciones de hechos, problemas creados por un conflicto de interpretaciones, acciones de científicos, etc.”, interpretaciones que, sujetas a la idiosincrasia del investigador, pueden llegar a ser contrarias a las establecidas por los métodos ciertos e infalibles que el mismo investigador dice cumplir.

conocimiento, y que hemos fracasado en acceder a un estadio más alto de consciencia y entendimiento” (Feyerabend, 1989: 8-12). En otras palabras, el cambio, evolución y dinámica en la comprensión del derecho como ciencia requiere de una aceptación de teorías e hipótesis nuevas, de creativas argumentaciones que subviertan las jerarquías preestablecidas por el método fijo, como aquél sobre la fuerza vinculante de la doctrina constitucional, con el fin de que esas “nuevas formas de pensamiento distribuyan las materias de un modo diferente y conduzcan a una transformación incluso de las impresiones más inmediatas que recibimos del mundo” (Feyerabend, 1989: 26). La aceptación del pluralismo de novedosas teorías o hipótesis que socavan la coherencia y unidad estable de lo jurídico presenta un “resultado positivo: el de haber logrado descubrir un nuevo rasgo estable del mundo que nos rodea [en este caso, del mundo jurídico]; [estando] un paso más cerca de la verdad” (Feyerabend, 1989: 26). Lo anterior se resume en una contundente conclusión de Feyerabend:

Está claro, pues, que la idea de un método fijo, de una (teoría de la) racionalidad fija, surge de una visión del hombre y de su contorno social demasiado ingenua. A quienes consideren el rico material de que nos provee la historia y no intenten empobrecerlo para dar satisfacción a sus más bajos instintos y al deseo de seguridad intelectual que proporcionan, por ejemplo, la claridad y la precisión, a esas personas les parecerá que hay solamente *un* principio que puede ser defendido bajo cualquier circunstancia y en *todas las etapas* del desarrollo humano. Me refiero al principio *todo vale*. (1989: 20)

Las ideas de coherencia, unidad, estabilidad, seguridad jurídica y armonía se encuentran lejos de aceptar al derecho como una ciencia cambiante o dinámica (desde la propuesta teórica de Feyerabend), y parten de la creencia de ser consideradas reglas o estándares “ciertos o infalibles” que no permiten la aparición o contradicción propia del error. Por lo tanto, se obvia de esta forma que “la ciencia como realmente la encontramos en la historia es una combinación de tales reglas y del error” (Feyerabend, 1989: 8). Dicho de otro modo, la equivocación o la aceptación de “peligrosas” hipótesis, como la creación de derecho por parte de los jueces o la transformación en fuente formal de sus providencias —en específico, de la Corte Constitucional—, es lo que produce su verdadera evolución y transformación, y no la aceptación perenne de sus cláusulas fijas e invariables¹⁴.

¹⁴ Es necesario aclarar que la teoría del error, que entra a descalificar al método, debe ser razonable y sobre todo racional, ya que exige su confrontación (dialéctica) con las teorías que les dan aparente estabilidad al método y a la ciencia misma.

No es este primer aparte una crítica a la concepción sobre la validez de la fuerza vinculante del precedente presentada por el profesor Zuluaga Gil. Este reparo va dirigido a la afirmación del citado doctrinante según la cual el derecho es una “ciencia en permanente cambio” (Zuluaga, 2004: 7). La invocación del cambio no puede estar asociada al entendimiento del derecho como una unidad coherente y armónica para la salvaguarda de la seguridad jurídica, ya que se le resta posibilidad de admitir la teoría del error necesaria para reafirmar, fortalecer o reconstruir las categorías sobre las cuales descansa la visión del derecho como una creación humana en evolución. Todo vale¹⁵, cualquier teoría por “peligrosa” que sea hasta para la misma naturaleza de la ciencia, si queremos que el derecho sea una fuerza en permanente evolución, dinámica y transformadora para la sociedad en la que se desarrolla, aplica y recrea.

3. El principio de justicia

La evolución del concepto de justicia ha ido de la mano con la dificultad que han tenido los juristas de llegar a un consenso sobre la significación y relación de términos como equidad, derecho, ley y moral. Cabe destacar que la justicia, como principio universal¹⁶, ha presentado diversos cambios en su aprehensión. La principal dificultad radica en que se toma como análoga al concepto de equidad; así lo hace ver Pound cuando determina: “De ella [la justicia] derivamos usos análogos tales como [...] la recta razón o la equidad [...] Por ulterior desarrollo en la analogía llegamos a la idea del mantenimiento o administración de lo que es justo” (Pound, 1965: 2).

El concepto de justicia ha estado ligado a través del tiempo con la noción de equidad, pasando desde el pensamiento de *virtud individual* de los filósofos

¹⁵ El principio del Todo vale en la teoría de Feyerabend no debe entenderse como la aceptación incondicional de cualquier teoría o hipótesis en la ciencia. Este principio va encaminado a humanizar un discurso científico que bajo la apariencia de neutralidad y pureza metodológica intenta descalificar el cuestionamiento de cualquiera de los postulados “fundamentales” sobre los que descansa la teoría epistemológica, so pretexto de construirse a partir de métodos unívocos, universales y objetivos.

¹⁶ Es necesario destacar el carácter de principio que reviste a la equidad: la universalidad en su empleo; la ponderación para determinar su aplicación en determinados casos, y el carácter no conclusivo de sus disposiciones (a diferencia de la regla), ya que requiere de un ejercicio hermenéutico riguroso, entendiendo la hermenéutica como aquella corriente que “[...] busca sólo ofrecer luz en los procesos que no son racionales o no puramente racionales, y de esa clase es el proceso de creación jurídica” (Kaufmann, 2006: 40). Para una mayor claridad sobre el carácter de los principios se recomienda el trabajo de Dworkin (1999: 72). También se puede ver una interesante síntesis de la teoría de los principios de Dworkin en el estudio de César Rodríguez sobre el debate Hart-Dworkin (2005).

griegos¹⁷, hasta desarrollos teóricos contemporáneos como el ofrecido por John Rawls, en donde la justicia ya no es entendida como una virtud individual, sino un presupuesto colectivo *sine qua non* para suscribir el contrato o acuerdo inicial entre los miembros de la sociedad original.

La dificultad propia de la evolución en la significación y *praxis* del concepto de justicia se fundamenta en el punto de vista que se asuma frente a los términos “reglas” y “principios”. Siguiendo a Dworkin, podemos tener dos perspectivas: por un lado, en la que se trata a los principios jurídicos (entre ellos la justicia) tal como se trata a las reglas, esto es, tanto los primeros como las segundas son de obligatorio cumplimiento. Por otro lado, tenemos la que niega a los principios como obligatorios, “de la misma manera que lo son algunas normas” (Dworkin, 1999: 80-81). En esta visión, es latente el legado de Austin y Kelsen en lo que se refiere a la interpretación de la ley positiva como mandato conclusivo, no sujeto a aplicación de principios abstractos. Por lo tanto, en la evolución del concepto de equidad se refleja el hecho perenne de la lucha entre aquellos que promueven dos puntos de vista diferentes sobre la efectividad, validez y legitimidad de los principios en un ordenamiento jurídico, cuando se comparan y ponderan con respecto a la norma escrita, a la teoría positiva kelseniana.

La equidad, en un Estado Social de Derecho, sería la máxima mediante la cual el juez administra justicia “en forma justa”, una especie de respuesta definitiva al problema que Kaufmann ha percibido en cuanto a la integración de lo *humanum justum* con el derecho. Empero, los Estados modernos se encuentran todavía impregnados de las ideas de “abstracción, generalización, conceptualización” (Kaufmann, 2006: 243) tan características de la ley positiva, para dar un tratamiento igual a los miembros de una comunidad jurídica con el afán de impartir justicia. Esta situación lleva a señalar un acto como la creación de derecho por parte del juez, evento necesario al utilizar a la equidad como supuesto para la resolución de casos difíciles en los que no se encuentre referencia alguna a norma escrita, o cuando “se ha de hacer una excepción porque la norma establecida produce una injusticia prevista” (Rawls, 2004: 224), como un suceso que vulnera su “indefectible” sujeción al Imperio de la Ley, o al señorío del soberano austiniano.

Tenemos, entonces, que algunos ordenamientos jurídicos han encontrado dificultades para concebir que los casos peculiares y particulares deben ir más

¹⁷ Como lo recuerda Pound (1965: 2), este pensamiento ha sido conservado hasta nuestros días por Justiniano en los *Instituta*: “Justicia es el fin constante y continuo que da a cada uno lo que le es propio”.

allá de la aplicación rígida de aquella justicia deductiva capaz de proferir fallos justos a partir de las normas legales, aun cuando éstas sean el ejemplo de la ley corrupta —en el sentido de la filosofía de Aquino— o hagan parte de un sartal de reglas que manifiesten la máxima latina de *summum jus, summa injuria*.

Nos enfrentamos al dilema del punto de vista de Dworkin. La equidad en un ordenamiento jurídico que niegue la pertinencia de los principios como normas de obligatorio cumplimiento, al igual que la regla o norma escrita, estaría supeditada a una vaga interpretación y aplicación con referencia al Imperio de la Ley, al mandato imperativo del soberano, sin ninguna oportunidad de convertirse en elemento creador de derecho.

4. La tesis escéptica¹⁸ y optimista según Bernal

Según Bernal (2005: 197), la tesis escéptica “descrie de la posibilidad de fundamentar en las disposiciones de nuestro derecho la idea de que la jurisprudencia pueda tener fuerza vinculante”, ya que interpreta en forma exegética lo contenido en el artículo 230¹⁹ de la Constitución Política, en lo concerniente a que los jueces deben someterse únicamente al “Imperio de la Ley” y sus sentencias —especialmente las proferidas por las altas cortes— tienen una función simplemente “auxiliar” en la actividad judicial. Para la mayor parte de los defensores de la tesis escéptica, cuando la Corte Constitucional excede este orden y abreva de disposiciones no tan claras de una Carta “de textura muy abierta que abre un amplio espacio a los ejercicios hermenéuticos” (Zuluaga, 2004: 8), o exige en sus mismas sentencias una sujeción cuasi obligatoria²⁰ del contenido de sus precedentes —primordialmente la *ratio decidendi* de la sentencia—, sobrepasa sus facultades poniendo en entredicho la división de poderes públicos y aumentando la discrecionalidad judicial en detrimento de la objetividad que proporcionan los métodos clásicos de interpretación. Según los exponentes de esta tesis, la Corte Constitucional, al invertir el valor de su jurisprudencia y su doctrina, vulnera el mandato del constituyente primario consistente en que solamente el

¹⁸ López Medina (2006) establece una clasificación de formalistas y antiformalistas que para este caso (la clasificación que expone Bernal Pulido) vendrían a ser los “integrantes” de las tesis escéptica y optimista respectivamente.

¹⁹ “ARTÍCULO 230. 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”.

²⁰ Se habla de “cuasi obligatoria”, pues la Corte Constitucional (Sentencia T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) ha señalado la posibilidad de que los jueces se aparten de “la línea jurisprudencial trazada por las altas Cortes [...] siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión”. Esta justificación debe hacerse a través de los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

Congreso de la República tiene la facultad de expedir la fuente de derecho por excelencia aceptada por la misma Constitución: la ley.

Pero ¿qué es el Imperio de la Ley? y ¿cómo debe interpretarse el artículo 230 para desvirtuar la tesis escéptica de la limitación de la fuerza vinculante del precedente judicial?

Varias son las definiciones que sobre el imperio más ambiguo del mundo —el Imperio de la Ley— ha ofrecido la teoría del derecho. Cabe recordar, entre otras, la bella cita de Henry VI: “La ley es lo más inherente al rey, porque por la ley, él mismo y todos sus sujetos son reglados y si la ley no existiera, nulo rey y nula su inherencia será” (citado en: Dicey, 1915: 179-180)²¹. En esta definición se puede observar que “la ley es lo más inherente al rey”, entendiendo inherencia como la “unión de cosas inseparables por su naturaleza” (Diccionario de la Real Academia Española, en adelante DRAE). Se observa una relación tripartita indisoluble entre ley, autoridad y sociedad, en la que casi siempre se alza a la primera como el elemento indispensable y principal para su existencia. Algunas veces, el tercer elemento —la sociedad— es el considerado como realmente importante. Tocqueville definía a la soberanía popular como “Ley de leyes” y, alejándose de su característico individualismo, dio un carácter más republicano a su idea del Imperio de la Ley. La labor contra la tiranía y libertinaje de la que habla Tocqueville en muchos casos ha sido infructuosa, pues la misma ley ha sido la encargada de “proteger” estas degeneradas conductas; así nos lo hace saber Bodenheimer:

Ejemplo destacadísimo de tal ejercicio arbitrario del poder fue la famosa “purga” del 30 de junio de 1934 en la que los líderes nazis opositores fueron ejecutados sin proceso. El acto —que se reconoce no estaba justificado por el derecho escrito— fue legalizado posteriormente por medio de una ley de efecto retroactivo, firmada por el autor de las ejecuciones y dos miembros de su gabinete [...] Ley del 3 de julio de 1934. (2004: 26)

Del ejemplo de Bodenheimer podría llegar a pensarse que la ley, norma o regla no siempre se convierte en un “Imperio de la Justicia”, originando aquí la confrontación entre iusnaturalistas y positivistas acerca de la ontología y deontología en el derecho (ser y deber ser), o de lo que se considera o puede considerarse como justo. *Corruptio legis* la llamaría Tomás de Aquino o, en otras palabras, la ley corrupta que no puede considerarse como tal, debido a

²¹ El original dice: “La ley est le plus haut inheritance, que le roy ad; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi, et nul inheritance sera”. Traducción del autor.

que debe atender un ideal de justicia y no uno de poder. Sin embargo, este modesto escrito no pretende entrar en la discusión sobre la perfección de la norma escrita o la impureza que la recubre, o responder si la facultad de entendimiento de la superioridad de las leyes corresponde a intereses de clases dominantes por mantener su *statu quo*. Solamente nos interesa conocer que la interpretación del “Imperio de la Ley” de los defensores de la tesis escéptica corresponde a la disposición codificada proferida por el *legislador virtuoso* de Fioravanti, aquella proba institución que representa la democracia y es piedra angular de la República.

Para los escépticos, los jueces sólo deben estar limitados al Imperio de la Ley en lo atinente a la resolución de casos y al entendimiento de la jurisprudencia y la doctrina como criterios meramente supletorios, precisos de utilizar en situaciones de penumbra legal²² y no de vacío legal²³. Cabe aclarar que la noción de vacío difiere a la de penumbra pues el primero implica una falta “de contenido físico o mental” (DRAE), y para suplir esta ausencia de contenido se requiere de fuentes, que en este caso ya no serían subordinadas sino principales porque la ley nunca operaría en forma inicial o primaria en dicho vacío²⁴.

²² Un criterio auxiliar se utiliza cuando no existe claridad de resolución de un caso por medio del criterio principal (la jurisprudencia auxilia a la ley a través de la interpretación, para que ésta — la ley en sus disposiciones no explícitas— pueda irradiar la solución concreta a un conflicto dado). Se maneja cuando existen situaciones de penumbra legal.

²³ Nótese que se habla de vacío legal y de penumbra legal, y no de vacío jurídico o penumbra jurídica. Esta aclaración es debido a que el artículo 230 C.P. establece la sujeción de la actividad judicial al “Imperio de la Ley” (en esta interpretación es la ley escrita o codificada). Por lo tanto, en cumplimiento de esta disposición, los vacíos y las penumbras tienen un carácter legal, ya que, si se hablara de “Imperio Jurídico” (un concepto más amplio que el de la ley codificada), los vacíos y penumbras tendrían un alcance más extenso, siendo legales y jurídicos.

²⁴ La existencia de una categoría auxiliar se da por oposición a la existencia de una categoría principal. Si la categoría principal no opera en determinado caso, se puede decir que la auxiliar cambiaría su esencia a primaria o principal, pues su complemento de oposición nunca tuvo existencia. Por lo tanto, el “Imperio de la Ley”, en su interpretación literal, tendrá entonces un terreno no sujeto a su “poder imperial”, ya que el vacío, por su característica de falta de contenido físico o material, estaría apartando cualquier intención del imperio en suplir la inexistencia de su influencia; no se presentaría por lo tanto una extensión de los dominios de la ley, debido a que estos “terrenos” (los vacíos legales) gozarían de una especie de “independencia absoluta”. En este caso el criterio “auxiliar” de la jurisprudencia —por la libertad en la argumentación y subjetividad— sí podría llegar a llenar el vacío legal, convirtiéndose, en este nuevo “terreno”, en criterio principal, en fuente formal de derecho. Un ejemplo que puede clarificar un poco la noción de penumbra y vacío es el siguiente: una persona puede caminar en la oscuridad, se puede tropezar y caer, pero al tiempo podrá sortear —aunque con dificultad— los obstáculos que se le presentan para llegar al sitio a donde quiere dirigirse; para esto podrá caminar en forma lenta, utilizar un bastón para “ver” los obstáculos, etc. Por otro lado, sobre el vacío no se puede transitar; para hacerlo se tendría que ubicar una especie de

La discusión debe ir orientada a determinar si en el derecho existen vacíos o penumbras legales o normativas, antes de entrar a responder si el precedente constitucional puede o no considerarse como criterio principal en la actividad judicial. Si los exponentes de la tesis pesimista están de acuerdo con que un ordenamiento jurídico tiene al mismo tiempo penumbras y algunos vacíos, entonces estarían validando la tesis de que la jurisprudencia y la doctrina gozarían de fuerza vinculante, ya que el vacío cambia su esencia de criterio subordinado. Por el contrario, si los argumentos expuestos son suficientes para rechazar la presencia del vacío en nuestro ordenamiento jurídico, y se acepta solamente la posibilidad de penumbras legales²⁵, entonces admitiríamos solamente su carácter auxiliar; sin embargo, esta afirmación tendrá que ser confrontada con la interpretación del artículo 4º de la Constitución Política para comprobar o rechazar la solidez teórica de los argumentos de la tesis escéptica y así descartar o aceptar cualquier consideración hacia el valor del precedente judicial. El artículo 4º de la Constitución reza así: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales [...]”.

Del artículo citado podemos inferir que:

1. La Constitución es una norma.
2. La ley es considerada como otra norma. La conjunción disyuntiva “u”, en el contexto donde se encuentra, presenta la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: establece “equivalencia, significando ‘o sea, o lo que es lo mismo’”. En otras palabras, la frase “[...] La ley ‘u’ otra norma jurídica [...]” está indicando que la ley tiene la misma equivalencia que el concepto de norma jurídica.

puente que nos comunique con el sitio al que queremos llegar. De la misma forma, una penumbra u oscuridad legal puede sortearse (no sin estar exenta de dificultades) utilizando mecanismos, instrumentos, elementos del mismo derecho (v. gr. principios, reglas, métodos de interpretación de la ley) que nos permitan “caminar” por senderos oscuros; no obstante, si se presenta un vacío legal, el puente que comunicaría nuevamente las “tierras de la legalidad” sería un puente subjetivo no construido por la “objetividad” de la ley, sino por la subjetividad de la razón del juez: creación de derecho en su estado más puro.

²⁵ Penumbras en las que el Imperio de la Ley continúa siendo fuente principal, ya que en una situación oscura no se presenta falta de contenido como en un vacío, solamente se tiene ausencia de claridad, y esta iluminación es la que deben ofrecer los jueces a través de la interpretación del “espíritu” de la ley. Vemos entonces que en una situación de penumbra el “Imperio de la Ley” continúa vigente como fuente principal de derecho y la jurisprudencia seguiría siendo criterio auxiliar —por ser categoría de oposición a la fuente principal—.

3. Al ser la Constitución y la ley normas jurídicas, el constituyente se inclinó por darle mayor jerarquía a la Constitución: “Norma de normas”.
4. Al presentarse incompatibilidad entre la Constitución y la ley tendrán prevalencia las disposiciones constitucionales.

De conformidad con lo expresado en el artículo 230 de la Constitución, se considera que el “Imperio de la Ley” es más bien un “Imperio de normas”. Ahora bien, se debe sustentar la anterior afirmación en el entendido de que tanto la ley como la Constitución tienen la equivalencia de normas jurídicas, difiriendo únicamente en su nivel jerárquico. El contenido de la superioridad de la ley se circunscribe a la norma y no a la mera producción gramatical del legislador consignada en el papel, pues, al establecer el artículo 4º la prevalencia de la Carta, existe una intención clara en remitir al juez a ella, luego a la ley y por último a otras normas de menor rango. La interpretación del Imperio de la Ley, por parte de los antiformalistas, presenta una contradicción insalvable: la negación de las jerarquías normativas. Si la Constitución señala en un aparte que ella misma es “Norma de normas” y en otro dice que la fuente formal del derecho para los jueces es “El Imperio de la Ley”, éste debe ser entendido no en su forma gramatical sino como un “Imperio normativo” con sus jerarquías preestablecidas, pues si se entiende de manera exegética el enunciado se negaría el valor jerárquico de la Carta y se daría este lugar a la ley escrita, usurpando así la voluntad del constituyente en otorgar la mayor consideración a la Constitución.

Aparte de la influencia doctrinal de la tradición jurídica francesa, el desarrollo que sobre el Imperio de la Ley han tenido los exponentes de la tesis escéptica también se apoya en la forma mediante la cual se realiza la interpretación de este postulado. Si gravitamos en la jurisprudencia alemana del Tribunal Constitucional Federal, tendríamos un valioso aporte sobre cómo debe comprenderse la “voluntad del legislador”. Para el caso que nos ocupa sería de gran ayuda. Apelaríamos, de hecho, a una “receta” interpretativa que ofrece una definición más aproximada de la ambigua expresión:

Mientras que la teoría subjetiva, se basa en la voluntad histórica del “legislativo” = legislador, cuyos motivos se encuentran en el contexto histórico, la teoría “objetiva” [...] se basa en la interpretación de la Ley misma, en la voluntad del legislador objetivada en la ley [...]
A esa finalidad de interpretación sirven la interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical), con base en el contexto (interpretación sistemática), con base en su finalidad (interpretación

teleológica) y los estudios preparatorios de la ley y la historia de la formación de la ley (interpretación histórica).²⁶

Podemos inferir que no basta solamente con la interpretación gramatical; hay que integrar otras para redefinirla en una forma más “objetiva”: (1) la sistemática, que de acuerdo a nuestra realidad sería la interpretación bajo el entendimiento de que estamos en un Estado Constitucional en el que la norma, concepto o conflicto a interpretar debe ser relacionado con “el resto de normas de la vasta unidad constituida por el sistema jurídico” (Uprimny, 2002: 162-163), asumido en este caso como un sistema normativo en el que la Constitución tiene un valor superior. (2) La teleológica, que puede presentar las siguientes preguntas: ¿cuál era el fin que tenía la Constitución en su artículo 230 al hablar del Imperio de la Ley?, ¿acaso el fin era imponer el predominio de la ley por encima de la Constitución? (3) Los estudios preparatorios de la ley, que es la interpretación de las ideas propuestas por el legislador en la discusión sobre lo considerado como el “Imperio de la Ley”. Y, por último, (4) el histórico en la formación de la ley, donde la interpretación del concepto debe residir en un análisis histórico de la vida jurídica del país, concretamente en el tiempo del surgimiento y desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente.

Ahora bien, es necesario hacer unas aclaraciones sobre la segunda parte del artículo en cuestión, no tan citado o interpretado por los exponentes de la tesis escéptica: “[...] Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

Sobre este complemento del artículo 4° de la C.P. podemos resumir lo siguiente:

1. Es un deber de los nacionales y extranjeros en Colombia el acatamiento o sometimiento de las disposiciones normativas (Constitución y ley).
2. Se deben respetar y obedecer a las autoridades.
3. En la rama judicial, por ejemplo, si se habla de obediencia²⁷ a las autoridades (judiciales), se tendrá que los jueces de menor jerarquía y otras altas cortes deben “cumplir la voluntad” de las disposiciones de la Corte Constitucional.

²⁶ Decisión de la Segunda Sala del 17 de mayo de 1960-2 BvL [art. 100 num. 2 LF, §§ 13 Nr. 12, 83, 84 BVerfGG] 11/59, 11/60- Sentencia tomo 11, página 26 (Scwabe, 2003: 2). La sigla BVerfGG en alemán es: Gesetz ubre das Bundesverfassungsgerichts (Ley del Tribunal Constitucional). Obsérvese el carácter de ley de esta Sentencia del Tribunal.

²⁷ Según el DRAE, obedecer es “cumplir la voluntad de quien manda”.

4. Este cumplimiento de voluntad (obedecimiento) de las disposiciones de la Corte Constitucional está enmarcado por la sujeción de los jueces de menor jerarquía y otras altas cortes, incluida la Constitucional (precedente vertical y horizontal respectivamente), a lo dispuesto en la jurisprudencia y la doctrina constitucionales.

5. Si la Corte en sus providencias determina²⁸ que éstas tienen fuerza vinculante, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 4º de la C.P. los operadores jurídicos judiciales deben “respetar y obedecer” lo dispuesto por la autoridad suprema de la rama jurisdiccional del país.

6. Se precisa que no es sólo un deber de los nacionales y extranjeros en Colombia “respetar y obedecer la Constitución y la ley”, sino también las disposiciones de las autoridades²⁹.

Por otro lado, Bernal nos habla de la tesis optimista y la considera como aquella que atribuye “fuerza vinculante a la jurisprudencia en el sistema jurídico colombiano” (Bernal, 2005: 204). Lo particular de esta tesis es que sus integrantes beben de corrientes de la teoría del derecho bastante distanciadas. Por un lado tenemos a H. L. A. Hart, uno de los más influyentes exponentes de un positivismo lingüístico-sociológico, con su teoría sobre los *casos difíciles*, donde acepta de antemano que la ley escrita no contiene respuestas definitivas a todo hecho social, abriendo la posibilidad de aceptar un alto margen de discrecionalidad judicial en la resolución de los conflictos jurídicos. Kelsen, el “padre” del positivismo jurídico, en su arremetida contra los críticos de su sistema de jurisdicción constitucional (en particular su ataque contra Carl Schmitt³⁰) asevera que el Tribunal Constitucional sí tiene la facultad de crear normas pero con un carácter individual, diferenciándose del legislador en que

²⁸ Se pone como ejemplo la Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable los términos “solo” y “el Congreso de la República” contenidos en el artículo 48 del “proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara” o “Estatutaria de Administración de Justicia, “bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general”.

²⁹ En el análisis que hicimos a la primera parte del artículo 4º de la C. P., encontramos que las normas son los elementos principales de nuestro ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, tanto la Constitución como la ley son consideradas como normas; asimismo, se pone en el mismo artículo el término “otra norma jurídica”. Podríamos considerar entonces que, aparte de la Constitución y las leyes, los nacionales y extranjeros en Colombia también están obligados a cumplir otras “normas jurídicas” que, en este caso, serían las derivadas de las autoridades de las tres ramas del poder público. Al ser la Corte Constitucional la principal autoridad de la rama jurisdiccional colombiana, se puede afirmar que su jurisprudencia tiene carácter de norma jurídica de obligatorio cumplimiento, en caso de que la Constitución y la ley no ordenen lo contrario.

³⁰ Ver *supra*, Introducción.

las normas por él proferidas tienen un alcance general³¹. Este argumento permite desvirtuar la afirmación de que la jurisdicción constitucional socava la división del poder público. Por otro lado están los denominados teóricos críticos del derecho³², censores de tipo racional e irracional contra las incongruencias argumentativas de las doctrinas del constructivismo jurídico, como Duncan Kennedy. Ellos tienen una predilección especial por señalar la incoherencia e indeterminación en cada especialidad del derecho, dando lugar con ello a la posibilidad de una mayor *movilidad interpretativa* en los casos de incertidumbre legal por parte del juez.

5. Postscriptum a Hart y a Bernal

Hart formula importantes tesis en cuanto a la posibilidad de aceptar una mayor discrecionalidad en las decisiones de los jueces en los que ha llamado *casos difíciles*³³. Señala que la decisión judicial, en algunas situaciones, no está “dictada por el derecho”, y “en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes y aplica el derecho establecido que le confiere sus poderes legislativos y a la vez los limita” (Hart, 2005: 136). No obstante, Hart aclara que la facultad en la creación de derecho se encuentra sujeta a muchas restricciones y su ámbito se circunscribe a casos particulares, impidiendo de plano suplantar la labor del legislador de alcance general. La propuesta de Hart, aunque ofrece la posibilidad de creación de derecho en casos difíciles, tiene una limitante en el sentido de poder dar carácter “*erga omnes*” a las providencias judiciales, característica privativa del legislador. Para fundamentar su propuesta, Hart acude al término “facultades intersticiales”, es decir, la potestad que solamente se da en un pequeño espacio, en un reducido “vacío legal” que la providencia del juez pretende resolver.

Empero, distanciándonos de Hart, al llenar un juez el intersticio, su decisión entraría a formar parte del derecho ya determinado. La situación de vacío es resuelta por su interpretación particular sobre los hechos, y al entrar ahora, como parte del derecho (pues suplió el vacío o espacio no previsto por la norma), su decisión judicial estaría sujeta a la aplicación de los principios determinados como fundamentales en el ordenamiento jurídico, como la

³¹ Una mayor claridad sobre este tema en Kelsen (2001: 52-54).

³² Los seguidores de la corriente del CLS (*Critical Legal Studies*), que apareció por influencia del Realismo Jurídico.

³³ Para Hart (2005: 68), un caso es difícil “cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos *prima facie*, más de una solución”.

igualdad³⁴ o la supremacía constitucional. Por esta razón su creación ya no estaría restringida a situaciones particulares o individuales sino que podría tener efecto “*erga omnes*” si se apalanca en los principios del derecho coherente y determinado. Las “reglas de adjudicación”³⁵, si se configuran en el vacío legal o en el intersticio hartiano, tendrán entonces carácter de regla primaria y no secundaria, pues la decisión judicial impondrá deberes positivos o negativos a los individuos debido a que su providencia logra “inundar” la laguna, convirtiéndose en otra norma similar a la ley.

Bernal Pulido, por el contrario, formula como crítica a la tesis optimista la inexistencia de una “única jurisdicción en donde se reconozca la superioridad jerárquica de una sola corte”, pues en Colombia existe una “pluralidad de jurisdicciones [...] sin que pueda reconocerse una jerarquía entre ellas”. Este señalamiento tiene como propósito el cuestionar la fuerza vinculante del precedente constitucional, puesto que este tribunal no tiene una clara “superioridad jerárquica” frente a otras jurisdicciones, diluyendo por lo tanto la posibilidad de dar valor especial y de obligatoria sujeción a su jurisprudencia y doctrina.

El reparo, propuesto por Bernal, a la creencia en una indeterminación de jerarquías de las jurisdicciones en el ordenamiento jurídico colombiano se sustenta en la interpretación del artículo 241 de la C.P.: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Si la Constitución es “Norma de normas” entonces la Corte Constitucional es “Tribunal de Tribunales” y en gran parte³⁶ le corresponde su salvaguarda, y la difícil tarea de hacerla valer por encima de otras normas jurídicas de menor jerarquía, incluida la ley. Por lo tanto, si la Constitución señala su superioridad normativa, se puede deducir que, implícitamente, el tribunal encargado de su

³⁴ La Sentencia T-547/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), de la Corte Constitucional, desarrolla el principio de igualdad como requisito *sine qua non* para dar efecto “*erga omnes*” a la jurisprudencia de la Corte.

³⁵ Las reglas de adjudicación son aquellas reglas de carácter secundario que rigen la actividad judicial. Un aspecto importante en la doctrina de Hart (1961: 99) es la distinción que hace entre reglas primarias y reglas secundarias. Un mayor desarrollo de esta teoría en el capítulo V sobre “El derecho como unión de reglas primarias y secundarias”, en *El concepto de derecho* de Hart.

³⁶ Se habla de “gran parte” y no de “solamente”, pues en Colombia todavía se presenta un control difuso de constitucionalidad. Aunque existen otros organismos judiciales que hacen una defensa constante de las disposiciones de la Carta, la Corte Constitucional —con la aceptación de la Tutela contra sentencias de otras altas cortes como el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia (“Choque de trenes”)— concentra el control de constitucionalidad y amplía el espectro de los términos establecidos para el control de constitucionalidad contemplados en el artículo 241 superior.

salvaguarda y de hacerla valer también estaría llamado a ser el Tribunal por excelencia en el orden jurisdiccional.

En resumen, si aceptamos el argumento expuesto anteriormente sobre la posibilidad de creación de derecho por parte del juez constitucional en los casos en que se presenten vacíos o “intersticios” legales, también admitiremos el hecho de que otras altas cortes y jueces inferiores deban someterse al “nuevo derecho” del intérprete supremo de la Constitución.

6. Conclusión

El debate sobre la fuerza vinculante de la doctrina y la jurisprudencia constitucional continúa y continuará vigente mientras el derecho se considere como una ciencia en permanente cambio y evolución, que admite hipótesis, teorías o hechos peligrosos para su integridad doctrinal y epistemológica, como la posibilidad de la discrecionalidad judicial o la aceptación de un efecto *erga omnes* de algunas sentencias.

Otro aspecto de trascendencia es el cambio de valor de los criterios auxiliares, si son utilizados en casos de vacíos normativos. Resulta prudente entrar a debatir si existen situaciones en las que se pueda presenciar cierto vacío normativo en un ordenamiento jurídico. Contrario a la concepción de Hart sobre la posibilidad de creación de derecho del juez, o la demostración de una eventual discrecionalidad en los que él llama casos difíciles, se puede llegar a sostener la tesis de que la teoría hartiana incurre en un error al considerar al juez como creador de derecho. El fundamento de esta atrevida afirmación radica en el hecho que el juez siempre encontrará elementos normativos que justifiquen la toma de una decisión en determinado caso, mostrando con esto que no “crea” sino que reproduce de nuevo el derecho existente, organizándolo y aclarando las zonas de penumbra.

Bibliografía

- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica (2004).
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-547 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Edinburgh: Macmillan and Co. Limited (1915).
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel (1999).
- Feyerabend, Paul. *Contra el método*. Trad. Hernán Francisco. Barcelona: Editorial Ariel (1989).
- Filosofia.org. “Guillermo Héctor Rodríguez, 1910-1988.” Fecha no especificada. Consultada 11 Marzo 2006. <<http://www.filosofia.org/ave/001/a249.htm>>
- Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta (2001).
- Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1961).
- Hart, H.L.A. y Dworkin, Ronald. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores (2005).
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2006).
- Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (2001).
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Ediciones Uniandes (2000).
- López Medina, Diego Eduardo. “El papel de los jueces y de la jurisprudencia en la Constitución de 1886: Apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración.” En: Sanín Restrepo, Ricardo et al. *Justicia Constitucional, el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Legis (2006).
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (2004).
- Plazas Vega, Mauricio. *Ideas Políticas y teoría del derecho*. Bogotá: Editorial Temis y Universidad del Rosario (2003).
- Pound, Roscoe. *Justicia Conforme a Derecho*. México: Editorial Letras S.A. (1965).
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica (2004).
- Rodríguez, César. *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*. En: Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial, el debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del hombre editores (1999).
- Sanromán, Diego Luis. “Carl Schmitt: La cuestión del poder.” *Nómadas* 10 (Julio-Diciembre 2004). Disponible en: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/10/dlsanroman.pdf>>. Consultada 11 Marzo 2006.
- Scwabe, Jürgen (Ed.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*. Trad. Anzola Gil, Marcela. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez (2003).

- Uprimny Yepes, Rodrigo. *La práctica de la interpretación judicial*. Lugar de publicación no especificado: Consejo Superior de la Judicatura (2002).
- Zuluaga Gil, Ricardo (Ed.). *Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho*. Medellín: Pontificia Universidad Javeriana y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. (2004).