

# EL IMPERIO DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL (I)

Carlos Andrés Echeverry. Administrador del medio ambiente. Estudiante Facultad de Derecho Fundación Universitaria del Área Andina.

El desarrollo del trabajo permite evidenciar que el debate sobre la fuerza vinculante de la doctrina y la jurisprudencia constitucional continúa y continuará vigente mientras el derecho se considere no como una disciplina estática sino como una ciencia en permanente cambio y evolución, que acepta 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.

## I. INTRODUCCIÓN

El célebre debate sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional que realizaron el siglo pasado en Alemania Carl Schmitt y Hans Kelsen, 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 que socavan –según los contradictores de la jurisdicción constitucional- el ideal mismo de justicia y al cambio de concepción del Tribunal Constitucional de legislador negativo a órgano que participa activamente “en el conjunto de las fuentes del derecho de manera creciente”, poniendo en riesgo la división de los poderes públicos y erigiendo al mismo tiempo a la Corte como juez y legislador.

La controversia sobre legitimidad y validez de las funciones de la jurisdicción constitucional (o más que de las funciones, de los resultados del ejercicio de las mismas) presupone la adopción de 2 posturas (escéptica y optimista) frente a la posibilidad de “reconocer en su gestión un poder autónomo que, en cierta medida, subordina a los demás poderes”, a través de la fuerza vinculante de su jurisprudencia y su doctrina convertidas ahora en fuente formal del derecho y complementarias al ideal del Imperio de la Ley.

Esta modificación de las fuentes presenta una evidente tensión dentro de la misma Constitución. Por un lado, se encuentran aquéllos (los defensores de la tesis escéptica) que establecen una interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política en el sentido de que tanto la jurisprudencia como la doctrina 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 es ella la que configura el Imperio de la Ley. 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.

Empero, en la tesis optimista se afirma que los artículos 4 y 241 de la Constitución Política "consideran plausible, e incluso necesario, atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia" constitucional, superando así el pensamiento tradicionalista de "criterio auxiliar" y trascendiendo la visión simplista de que el Imperio de la Ley sólo hace referencia a la norma escrita, general y abstracta y no al conjunto de elementos que integran 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 constitucional, ya que no existe claridad meridiana en la Constitución o en la Ley que permita delimitar claramente su inclusión dentro del sistema de Fuentes formales.

Entre los principales aportes de la Corte que sirven para atizar la confrontación entre las tesis optimista y pesimista tenemos la Sentencia T-547/93 que establece que la no sujeción del precedente constitucional violaría el principio de igualdad pues no se trataría un caso similar de la misma forma y la Sentencia T-123/95 que determina 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 y la Sentencia C-252/01. La primera trata de poner en equilibrio las tesis escéptica y optimista, al decir que la doctrina constitucional es integradora e interpretativa, es decir, 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 al 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 realizar la Corte Constitucional dentro del ordenamiento jurídico, argumentar la competencia que debe ejercer dentro del mismo (si se tiene en cuenta que el desarrollo jurisprudencial ha extendido las competencias del alto tribunal), sustentar en forma razonable el por qué la jurisprudencia y la doctrina constitucional 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 razonables de aquella, siempre y cuando se compruebe que contribuye, bien sea a la evolución y pervivencia del derecho o a su estancamiento y petrificación.

## **ii. EL DEBATE ENTRE FORMALISTAS Y ANTIFORMALISTAS, ¿PUNTO DE LLEGADA O PUNTO DE PARTIDA?**

Pareciera que el debate sobre los alcances de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su aparente papel como un legislador positivo (a diferencia del negativo propuesto por Kelsen ) es una manifestación reciente por causa del nuevo "orden" jurídico ordenado por la Constitución Política de 1991. Sin embargo, esta primera impresión corresponde a una mirada aislada de un contexto histórico que evidencia una permanente tensión entre dos posturas aparentemente irreconciliables: aquellas que defienden la coherencia y unidad del derecho y las que lo minan mostrando su incoherencia e indeterminación. Así lo demuestran Luis Javier Moreno, Jorge González Jácome y Diego Eduardo López Medina en sendos ensayos sobre diferentes estadios en la vida jurídica nacional en donde se debatió el formalismo –caracterizado por la interpretación literal o gramatical del Imperio de la Ley- y el antiformalismo –aceptación total o condicionada del "derecho de los jueces" como fuente formal en el derecho colombiano.

El antecedente más antiguo es señalado por Moreno Ortiz cuando hace referencia a la Real Audiencia de Santa Fe de 1550 , institución a la que se le encargó "la buena gobernación de esas tierras y administración de [la] justicia en ellas" ; esta Real Audiencia conformó lo que en un principio podría llamarse "un verdadero gobierno de los jueces" , ya que presentaba dos tareas bastante claras: gobernar y administrar justicia. A criterio de Moreno Ortiz, la creación y puesta en funcionamiento de la Real Audiencia como Tribunal de Justicia y órgano administrativo supuso el reconocimiento de la "existencia de un derecho aplicable, distinto al mero parecer o capricho del monarca" , al tiempo que integraron en una sola institución los tres poderes públicos: ejecutivo/político, legislativo y judicial.

Sin embargo, el poder de la Real Audiencia no presentaba un carácter absoluto ya que “ni el presidente de la Audiencia, ni los oidores (...) estaban por encima del derecho”, así lo asegura Moreno cuando expone que los integrantes de la Real Audiencia, al terminar su período de servicios o al considerarlo oportuno la autoridad competente, “debían afrontar, con su persona y patrimonio, un juicio de residencia” y asimismo, “los asuntos por ella despachados, podrían ser apelados ante el Rey, con la intermediación del Consejo de Indias”; sorprende de esto último el carácter de “eslabón perdido” de la casación en Colombia. Murcia Ballén asegura que “Antes de 1886 no existió en Colombia el recurso de casación, porque el régimen político entonces imperante era contrario a la unificación presidencial [se habla aquí del período conocido como la Regeneración], puesto que los Estados soberanos tenían su propia legislación”, tal afirmación es complementada por López Medina, quien afirma que el recurso de casación tuvo un desarrollo bastante frenético “en el decenio de 1886-1896, después de la expedición de la Ley 61” de 1886 (por la cual “se organizó de manera provisional (...) el poder de la justicia de la república unitaria” .

Vale la pena hacer un breve paréntesis para explicar que la casación es “un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta aplicación o interpretación de la Ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales”; en Colombia este recurso se efectúa ante la Corte Suprema de Justicia quien según el numeral 1 del artículo 235 de la Constitución, actúa como Tribunal de casación. Esta breve explicación es necesaria para comentar que contrario a lo que comentan López Medina y Murcia Ballén acerca del nacimiento de la casación en Colombia en el año de 1886, sus orígenes no se remontan a la época de la Regeneración pues el “eslabón perdido” en la historia de este recurso puede hallarse en la apelación que ante el Rey y el Consejo de Indias se hacía de los asuntos despachados por la Real Audiencia; aunque la casación no es equivalente a apelación, se tiene que si un ciudadano estimaba que no se administraba correctamente justicia en alguno de los fallos de la Real Audiencia tenía la posibilidad de apelarlos (¿impugnarlos?) ante la máxima autoridad de justicia: el rey. Era éste (haciendo un paralelo –ojala excusable- del monarca con la actual Corte Suprema de Justicia) quien podía garantizar la pertinencia o validez de los fallos y de ser el caso podía rectificarlos o reafirmarlos.

Ya cerrado el paréntesis, el segundo antecedente podemos encontrarlo en la evolución del concepto de doctrina legal a función “auxiliar” de interpretación cuando se presenten vacíos jurídicos, tal como lo conocemos en la actualidad. Para López Medina, se forjó una intensa controversia en el período 1886-1900, pues se discutía el

valor de las sentencias de la naciente Corte Suprema de Justicia como fuente formal de derecho (doctrina legal), dando lugar a su interesante afirmación –que es objeto de la pregunta del título de este aparte- de que “la noción de doctrina probable no constituyó en su momento un punto axiomático de partida (...) sino que más bien resultó ser el punto de llegada”, mostrando de esta forma que la tradición francesa –en lo que refiere a la sujeción única de la Ley por parte de los jueces- no ha sido un principio absoluto en el ordenamiento jurídico colombiano ya que la influencia española en cuanto al valor dado a las sentencias judiciales, ha estado tan presente y ligada a nuestro contexto como el controvertido Imperio de la Ley.

Uno de los más recientes referentes históricos se remonta al nacimiento de una suerte de “antiformalismo progresista católico” en 1936, que tenía como principal exponente a Eduardo Zuleta Ángel, quien a través de un artículo llamado “El fetichismo de la ley escrita” quería criticar su exceso de veneración en Colombia. No obstante, pese a ser importante en la historia jurídica nacional la influencia de la aparente confusión iusteórica de Zuleta Ángel –señalada con detalle por López Medina-, es más importante la valoración que hace el mismo López del papel que ha jugado el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 en “historia iusteórica local”, ya que comprueba la existencia de 4 corrientes de interpretación de este artículo que son, en suma, las 4 vertientes que marcan la tradición jurídica en Colombia.

El artículo 8º de la Ley 153 de 1887 establece que:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

López Medina denomina a la primera interpretación como la de los “tratadistas clásicos de derecho civil” (1898-1935), en ella se cree que el Código contiene pocos vacíos, razón por la cual es necesario utilizar la analogía legis para corregir las lagunas que pudieran presentarse. Las reglas generales de derecho son entendidas aquí como “principios o conceptos” fácticos que hacen parte de los “principios de legislación que dan sentido a las reglas dispersas en el Código” y la doctrina constitucional no supone problema alguno pues para los defensores de esta postura “[l]a Corte Suprema con anterioridad a 1910 no tiene el poder de revisar la legislación (...) por tanto no [aplica] la constitución a casos concretos”.

El segundo tipo de interpretación es “político-constitucional” (1887-1910) y su objetivo era convertir al artículo 8º como un arma política en contra de la hegemonía conservadora de la época. Es aquí donde los conceptos de los pandectistas tienen una influencia marcada en cuanto a la interpretación de “reglas generales del dere-

cho" por el afán de proteger la propiedad y los contratos –en especial de los liberales. De igual forma, la doctrina constitucional era entendida como un mecanismo de protección del "pluralismo político" y si se efectuaba "un tratamiento científico del derecho privado más el ideal de sistema implícito en la codificación" no se dejaba mucho espacio para la aparición de vacíos legales o incoherencias en el ordenamiento jurídico.

El antiformalismo que criticaba "el fetichismo de la Ley escrita" fue una característica importante en la interpretación llamada por López "La bella durmiente" (1937-2000), en esta época se trató de integrar aspectos de la sociología jurídica con los de moralidad de Gény, Josserand y Ripert entre otros. Una importante metodología la constituye la libre recherche scientifique de Gény que a diferencia de la analogía legis, accede crear una serie de contra-principios obligatorios para la "moralización" de la norma (v.gr. "contratos típicos a la aceptación de contratos atípicos, responsabilidad por culpa hacia la aceptación de responsabilidad objetiva", etc.).

La más reciente categoría interpretativa tiene a su máximo exponente en la Corte Constitucional (1991-2006), podríamos afirmar (aunque existen posiciones divergentes dentro del alto tribunal) que la interpretación que hace sobre el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 es de carácter antiformalista, ya que argumenta que en el derecho se pueden encontrar más vacíos legales que lo que contrariamente asumen los formalistas clásicos, de igual manera, la Corte subsume las reglas generales del derecho a la doctrina Constitucional y las define como los instrumentos necesarios para aclarar situaciones de penumbra y vacío, creando de esta forma "una versión local del stare decisis"

Por último, vale la pena destacar un acontecimiento recordado por Jorge González Jácome, referido a la discusión política que se presentara en el Congreso de la República por una iniciativa de reforma constitucional en 1968 tendiente a crear una Corte Constitucional en Colombia. Este tribunal tendría la labor del "control de constitucionalidad concentrado" a "leyes y actos de gobierno" para poder alcanzar un "alto grado de racionalización de[l] Estado de Derecho Judicial". Aunque este acontecimiento no supuso una confrontación entre defensores y detractores de la fuerza vinculante del precedente constitucional, sí nos permite comprobar que en muchas ocasiones las tensiones iusteóricas parecen deslindarse del campo filosófico para convertirse en indeterminados debates "iuspolíticos" sobre las competencias y facultades de los poderes públicos. El denominado "choque de trenes" entre Altas Cortes o entre el poder político y judicial a menudo no responde al llamado racional de las corrientes de la Teoría del derecho sino al ruido dominante de la avalancha del poder.