

## EL DERECHO COMO REALIZADOR DEL DERECHO — REFLEXIONES PRELIMINARES —

Luis Fernando Alvarez Jaramillo

Si bien en pocas líneas es imposible tratar de formular nuevos conceptos sobre el Derecho, los siguientes renglones condensan algunas reflexiones preliminares que pueden ser posteriormente utilizadas para bosquejar nuevas perspectivas teóricas en el ámbito del Derecho y del Derecho constitucional en particular.

En reciente disertación, el consejero de Estado Doctor Julio Cesar Uribe Acosta expresaba que en el campo del Derecho y en especial del Derecho Judicial, la labor de interpretación del juez no podía limitarse a la simple búsqueda y aplicación del texto legal conveniente al caso controvertido, sino que por el contrario, el humanismo que debe acompañar el espíritu del jurista, lo obliga a tener en cuenta en su razonamiento lógico de fallador, factores de naturaleza axiológica y criterios de justicia no siempre claramente presentes en el texto de la norma positiva, pero si necesarios para que a través del Derecho se llevará a cabo la realización efectiva del ordenamiento jurídico. Es de anotar que el precitado autor es consecuente con su pensamiento, pues en varias de sus sentencias como magistrado del Consejo de Estado, deja plasmado este tipo de razonamiento. (1)

Dentro de este orden de ideas, es indudable que la teoría del Derecho debe recuperar ciertos postulados, algunos de poca utilización actual; otros, francamente ignorados por nuestra doctrina:

1. La interpretación jurídica fundamentada en la concepción racional exegética de la normatividad positiva, proviene de una deficiente aprehensión de los principios y fundamentos filosóficos que alimentan el orden jurídico. El desarrollo esquemático y no siempre afortunado de los postulados normativo-formales formulados, primero por Paul Laband luego por Hans Kelsen y Adolfo Merkl --este último con especial referencia al campo del Derecho Administrativo; han conducido a creer que la principal --y en ocasiones única-- responsabilidad del fallador reside en identificar y aplicar para el caso controvertido, la norma que la legislación positiva pone a su alcance, sin preocuparse si por fuera de la exégesis del texto existen principios bajo cuya aplicación la defensa del orden jurídico en cuanto tal, podría realizarse de manera más eficaz, que bajo el postulado de la mera normatividad positiva.

En principio la anterior afirmación es válida, independientemente de los criterios que se utilicen para la interpretación de la norma. Trátese del sistema lógico-sistemático, o del sistema gramatical o del sistema histórico con sus vertientes sociológicas y psicológicas, lo importante es que el intérprete debe tener en cuenta al momento de realizar su operación lógico-educativa, algo que esté más allá de la simple norma escrita y que constituye aquello que Savigny denominó como **"El instituto jurídico"** (2) y que más tarde fue objeto de arduo trabajo por parte de S. Romano en su obra **"El orden Jurídico"** (3). En síntesis para ambos autores el "Derecho no puede reducirse al conjunto de normas escritas y el sentido del Derecho, en consecuencia, no cabe extraerse solo de lo previsto en ellas".

2. La deficiente formación doctrinaria que quiere limitar el ámbito del derecho al campo de la ley, es especialmente notoria cuando se trata de analizar la naturaleza del control constitucional. El juez constitucional ha tradicionalmente limitado su trabajo de control y de guarda de la integridad de la constitución, a la confrontación lógico-normativa entre la disposición acusada (ley formal o acto materialmente considerado como ley) y la norma jerárquicamente superior (Texto constitucional), sin percatarse que hay una serie de factores subjetivos y axiológicos que el debe considerar en defensa del individuo y de los derechos humanos, sociales y económicos. Es decir, el juez del control constitucional ha olvidado que la guarda de la integridad de la constitución debe significar la guarda de la integridad del **"ordenamiento jurídico total"**, del derecho como principio rector, implícita o explícitamente contenido en el texto positivo de la constitución, pero necesariamente de una comprensión superior a la que puede presentar un simple texto escrito. Basta recordar que una constitución es un cuerpo de normas de naturaleza compleja, en la que se deben incluir disposiciones de naturaleza jurídica y otras, de naturaleza política, algunas de ellas presentes en el propio texto constitucional, otras simplemente presentes en la **"Institucionalidad Jurídica"** necesaria para la subsistencia del grupo social.

No existe por tanto razón alguna para limitar la capacidad de interpretación y de confrontación del juez, al mero campo de la comparación lógico-normativa de las normas escritas. Su ámbito debe ir más lejos y en el campo del control constitucional nada se opone a que su poder como guardián de la integridad constitucional, lo lleven a abandonar el estrecho campo de las normas jurídicas, para declararse competente para el análisis de disposiciones de contenido político. Las decisiones políticas, deben ser objeto de controversia desde el momento en que se presume que atentan contra la integridad del **"Orden Jurídico"**. Lo que debe dejarse en claro es que, en garantía del principio de la asignación de competencias, y respeto a los poderes constituidos, el razonamiento que el juez de control constitucional debe esgrimir en protección de las disposiciones políticas contenidas en el orden constitucional, debe hacerse con fundamentos de naturaleza estrictamente jurídica. Mal haría el guardián jurídico de la constitución, en defender la superioridad de las normas políticas del orden constitucional, utilizando un razonamiento político, pues en ese momento dejaría de ser juez para asumir un papel diferente.

3. En síntesis, lo que la doctrina propone es la plena aplicación por parte del fallador del principio de **"Interpretación principalista"**, según el cual el intérprete debe superar el simple marco de la norma escrita, para penetrar en el profundo ámbito valorativo del Derecho. Lo anterior no significa que el jurista-fallador deba desatender la norma formal. Por el contrario, lo que se quiere significar es que él debe ir más allá y considerar los principios de justicia contenidos dentro del ordenamiento jurídico considerado como conjunto de valores orientados a la realización del Derecho. Es decir, el juez debe realizar su obra de derecho dentro del marco del sistema jurídico-político dentro de cual le corresponde actuar.

Por último no debe olvidarse que administrar justicia realizando los supremos valores del derecho y de la política, constituye la forma más clara para realizar el principio de la **"Participación Democrática"** y de contribuir a la evolución de la institucionalidad política necesaria para el desarrollo armónico del grupo social. Este principio ha sido nítidamente implementado por el sistema anglo-sajón, en donde el reconocimiento de la fuerza jurídica de la costumbre a través de la institucionalización del **"Common Law"**, ha engendrado un sistema jurisprudencial cuya evolución no depende de la mera confrontación lógico-normativa. En este sentido y bajo dicha influencia deben entenderse los recientes aportes del profesor canadiense C.B. Macpherson, para quien los sistemas formales de control administrativo y constitucional deben ser superados hacia un sistema que en defensa de los principios de participación igualdad y libertad democrática, sepa realizar el Derecho a través de la permanente actualización de los postulados de justicia que deben alimentar la evolución de la sociedad y el desarrollo de las instituciones (4).

— NOTAS —

- (1) Ver por ejemplo la sentencia del 6 de Febrero de 1.986: Responsabilidad del Estado por falla en el servicio de seguridad. Consejo de Estado -sala de la contencioso administrativo- sección tercera.
- (2) Ver la Conferencia "Problemas actuales sobre la interpretación constitucional y el control jurisdiccional", por Manuel Aragón Reyes Universidad Externado de Colombia, Noviembre 1.986.
- (3) Sobre éste aspecto es recomendable la lectura de la obra "The mirage of social justice" de F.A. Hayek, Vol. 2, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1.984.
- (4) Macpherson, C.B., "Principes et limites de la démocratie libérale" Ed. La découverte, Paris, 1.985.