

Recepción: 28/08/2015

Aceptación: 06/10/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201628>

**Eduardo Antonio Palencia Ramos, Paola Margarita Carvajal Muñoz y
Ferney Asdrúbal Rodríguez Serpa**

La nomocracia sustrato de las corrientes judicialistas en el derecho colombiano*

The underlying nomocracy of the judiciary movement in Colombian Law

O substrato nomocracia as correntes judicialistas em lei colombiana

Resumen: *El presente artículo de reflexión se funda en la importante y loable función desempeñada por los jueces de carácter constitucional en el ámbito nacional, debido a que su función racional, reflexiva, axiológica y argumentativa permite la consolidación de estados constitucionales y la mejor concreción de los valores del derecho, empezando por la justicia. Lo anterior lo hemos podido denominar como nomocracia, cuya idea insiste en el imperativo de tener como basamento al derecho, y no simplemente a la ley emanada del legislador. Como corolario se entiende que la función del juez dejó de ser aplicativa para convertirse en creadora, protectora y garantista.*

Palabras clave: *juez, nomocracia, estado constitucional, garantismo, corte*

✉ Abogado, Magister en Derecho Público y Ciencia Política Mención: Ciencia Política de la Universidad del Zulia. Docente-investigador del grupo tendencias jurídicas contemporáneas de la universidad Simón Bolívar de la Universidad Simón Bolívar. Barranquilla-Colombia.

✉ epalencia@unisimonbolivar.edu.co

✉ Abogada, Magister en Derecho Público y Ciencia Política Mención: Ciencia Política de la Universidad del Zulia. Docente de la Universidad de la Costa en el área de Derecho Público. Barranquilla-Colombia.

✉ pcarvajal@cuc.edu.co ~ paolacarvajal83@hotmail.com

✉ Abogado, sociólogo, Magister en derecho procesal, doctorante en filosofía con orientación el ciencias políticas de la universidad autónoma de Nuevo León. Docente-Investigador del grupo tendencias jurídicas contemporáneas de la universidad Simón Bolívar. Barranquilla-Colombia.

✉ rodriguezserpaabogados@gmail.com

* Artículo resultado Parcial del proyecto de investigación sobre el sistema jurídico en Colombia. “La eficacia del precedente judicial a nivel de los jueces administrativos del distrito de Barranquilla”, adelantado dentro del Grupo de Investigación Tendencias Jurídicas Contemporáneas.

constitucional

Abstract: *This think piece is based on the significant and laudable role carried out by constitutional court judges at a national level; theirs is a rational, reflective, axiological and interpretative role, which allows for the reinforcement of constitutional orders and for a better delimitation of law principles, with justice as a starting point. The foregoing theory has been called nomocracy, which aims to have a system not only governed by laws passed by legislators, but also by a mandatory basis on the Law. As a corollary, the role of the judge is no longer that of applying the law, but rather that of creating and protecting it, as well as that of guaranteeing rights.*

Key words: *judge, nomocracy, constitutional order, guarantee rights, constitutional court*

Resumo: *Este artigo reflexãobaseia-se no papel importante e lou vável desempenhado pelos juízes do estatuto constitucional a nível nacional, porque sua função racional, pensativo, axiológico e argumentativa permite a consolidação de Estados de directo e a melhor realização dos valores direita, começandocom a justiça. Este fomos chamados como nomocracia, cuja idéia insiste no imperativo ter como base o direito, e não simplesmente para a lei emitido pelo legislador. Como corolário é entendido que o papel do juiz deixou de ser aplicativo para se tornar criador, protetor e fiador.*

Palavras-chave: *juiz, nomocracia, Estado constitucional, garantias, Tribunal Constitucional*

Introducción

En épocas de enorme convulsión jurídica como las que actualmente se viven en Colombia, resulta casi que inocuo hacer apologías de instituciones, máxime cuando estas experimentan, recientemente, en su seno visos de corrupción, no obstante también sería una insensatez desconocer los avances que el derecho colombiano ha tenido por el encomiable virtuosismo ejercido a partir de una de sus instituciones. Se hace referencia directa a la corte constitucional, tribunal de cierre surgido con la carta superior de 1991 y de gran transcendencia en el ámbito jurídico colombiano (Peña, 2010).

La importancia de la corte constitucional colombiana estriba en la refundación, que partir de sus sentencias, realizó en un ordenamiento de corte legalista como el colombiano, su accionar, fue, es y debe ser sin duda, el más digno de encomio debido a que sin emplear medios virulentos o represivos logró por medio de una “revolución silenciosa” (Castaño, 2010a), el reconocimiento y la defensa de derechos fundamentales en el ciudadano. Lógicamente en la obtención de dicho cometido han existido una serie de desaciertos, no menores; por dicha razón lo que se busca es la composición de una corte con eminente sentido ético, probo, moral provisto de idoneidad, desde la esfera personal, como también de fundamentación axiológica, garante de la constitución y que no desconozca la realidad y la norma, en su aspecto profesional.

Según algunos teóricos estamos, desde ya algún tiempo, en presencia de un “activismo judicial” mediante el cual la participación de los jueces ha sido cada vez más determinante en el ordenamiento interno, así las cosas la denominada soberanía legislativa, en la que el congreso como manifestación de la democracia plebiscitaria es su principal cuerpo político, cede espacios a la interpretación de los jueces. No es de forma arbitraria o por simple veleidad que esto acaece, las razones de este acontecimiento se presentan por circunstancias específicas, verbigracia la renuencia que el cuerpo legislativo ha hecho de muchos temas como: la adopción igualitaria, el aborto, eutanasia, entre otros, en los que se ha limitado a establecer sanciones, en algunos casos, sin adaptarlo a las circunstancias actuales; amén de una sólida funda-

mentación constitucional. Lo anterior conlleva a pensar- o repensar- en aspectos como los sistemas y el orden de las fuentes formales, los conceptos de ley, hasta la forma como ha de aplicarse, entenderse y enseñarse el derecho.

Bajo el entendido mencionado antes, debe comprenderse que la labor del juez es trascendental, toda vez que se expandirán sus horizontes interpretativos y axiológicos, su función no será la de un simple aplicador de sentencias cuya única base sea ineluctablemente la ley, de ahí que su labor sea la consideración del *nomos*, esto es, el derecho y no simplemente de la regla creada por el legislador. Aspectos totalmente disímiles. Al utilizar la expresión *nomocracia* (Castaño, 2010a) se entiende que el funcionario judicial funda sus decisiones en el derecho, esto es, en principios, valores, reglas, normas, directrices, y hasta aspectos de carácter extra-jurídicos (según el positivismo excluyente) como la moral, un cielo de conceptos como diría Rodolfo Von Ihering, no restringido en la ley general e impersonal del legislador.

El juez *nomócrata* es garante denodado de la constitución y de esta manera cumple con su función primordial mencionada en el artículo 243 superior, advierte el derecho holísticamente, busca la concreción de los valores consagrados en la carta magna y que son de enorme repercusión social, empezando por la justicia de la cual se tratará más adelante, interpretará no solo para el momento sino para el porvenir, deshaciendo la tendencia minimalista y positivista, en la que se entiende al juez como solucionador de problemas del pasado con efectos particulares.

El juez *nomócrata* es garante denodado de la constitución y de esta manera cumple con su función primordial, mencionada en el artículo 243 superior; advierte el derecho holísticamente, busca la concreción de los valores consagrados en la carta magna y que son de enorme repercusión social; empezando por la justicia de la cual se tratará más adelante. Interpretará no solo para el momento sino para el porvenir, deshaciendo la tendencia minimalista y positivista, en la que se entiende al juez como solucionador de problemas del pasado con efectos particulares.

Conviene siempre advertir que la presencia de la *nomocracia* aumenta la posibilidad de estados verdaderamente constitucionales, no circunscritos a la acción- ¿o inercia?- del legislativo; ella propone la aplicación e interpretación ponderativa y axiológica por parte de los jueces. A su vez de la justicia, equidad, solidaridad, imparcialidad, seguridad y bien común de la sociedad, en síntesis el advenimiento de sociedades democráticas donde el sujeto sea un fin y no un medio del estado.

El presente artículo no tiene como pretensión hacer crítica sobre el órgano legislativo nacional, pues es obvio que su presencia es menesterosa, sería una estulticia, desconocer las luchas ciudadanas surgidas a través de movimientos liberales en aras de restañar el poder absoluto de las monarquías de la Europa de siglos XVII y XVIII; lo que se pretende es enarbolar la determinante función de la corte constitucional colombiana como órgano de cierre, el alcance ius-filosofico de sus sentencias y el reconocimiento que esta ha tenido en el concierto jurisprudencial latinoamericano.

Como es el caso, de la citación de la jurisprudencia de la corte constitucional (//)... por organismos supranacionales como la corte interamericana de derechos humanos y los demás tribunales constitucionales y cortes supremas de justicia como la argentina, la mexicana, la peruana. Entre otras (Rodríguez, 2013, 10).

Basándonos en lo menciona en esta parte introductoria emplearemos un derrotero que nos servirá a lograr los propósitos trazados, dejando como firme propuesta la importancia que ha tenido el “judicialismo” desde el surgimiento de la corte constitucional. En aras de la explicitud, se dividirá la reflexión en una primera parte donde se contrastará y hará una aproximación del artículo dos superior, enfocándonos en la expresión “orden justo”, toda vez que para ello se requiere la entronización de la justicia, y esta es el objetivo y debe ser de los jueces. De otra parte se tratará de establecer una diferencia entre la democracia plebiscitaria y la constitucional, dándole a esta última mayores valores de relevancia para la configuración de un estado constitucional. Por último se procede a realizar las conclusiones, empero se precisa advertir que la intención primordial es contribuir al debate y que esta sea una aportación, sencilla, al maravilloso y complejo mundo de las ciencias jurídicas.

El orden justo como finalidad de un estado constitucional fundado en la nomocracia

La expresión “orden justo” aparecida en el artículo 2¹ de la constitución política de Colombia encierra, ineluctablemente, uno de los propósitos más dignos del estado colombiano en favor de sus ciudadanos, amén de una responsabilidad determinante y de ineludible cumplimiento. La simpleza con la que dicha expresión pueda llegar a ser mencionada no obsta a que su connotación sea relevante, por consiguiente no puede quedar sujeta al nominalismo característico de la carta magna colombiana.

Tomando en cuenta su reseña constitucional, se precisa entonces determi-

nar que la expresión “orden justo” se funda en la obligación que tiene el estado por garantizar una equitativa distribución de las riquezas, la satisfacción de las necesidades básicas de la población, en salud, vivienda, empleo – derechos sociales-. De esta manera se busca asegurar una verdadera justicia social, que según el sentir de (Madrid, 1998) es “la que preside la distribución proporcional del producto social entre los diversos grupos, con arreglo a principios cuya aplicación corrija las desigualdades y haga efectiva la solidaridad” (p. 54).

Habida cuenta de lo anterior merece mencionarse que la constitución de 1991 dividió los fines esenciales del estado, a los que refiere el artículo 2 superior, en sociales, protector y solidario, democrático e integrador, securitarios, y ético, siendo este último el que corresponde a la garantía de justicia (Madrid, 1998).

Se debe acotar que en las naciones latinoamericanas la equidad es uno de los propósitos gubernamentales relevantes, fundada esta, principalmente, en la distribución de las riquezas, de esta manera representa un desafío determinante para los gobiernos, siendo esta región una de las más desiguales del mundo. Lamentablemente dentro de todo ese fenómeno de desigualdad Colombia sigue erigiéndose como una de las naciones más inequitativas²

Es fundamental aclarar que la expresión (orden justo) está dotada de un contenido filosófico, jurídico, social que ha generado las más arduas y conspicuas disquisiciones y reflexiones a través de los tiempos, no en vano se está aludiendo a uno de los fines más importantes del derecho, la justicia³; un valor de notable transcendencia que ha inspirado celebres apotegmas, teorías y elucubraciones. La justicia ha de entenderse como un fundamento primordial del derecho, cuya búsqueda, desde el punto de vista de la eficacia jurídica⁴, es incesante, amén de ineludible pues representa el telos sustantivo de los más serios doctrinantes, juristas y políticos. Si el derecho es considerado como una de las ciencias sociales más completas y funcionales, no cabe duda, que lo es por la justicia.

No es intención de la presente reflexión hacer un análisis detallado del concepto justicia como tal, su sola intención rebasaría los límites propuestos, además está ya ha sido conceptualizada en varios campos del conocimiento y por egregios pensadores de varias épocas, esto es, clásicos, modernos y contemporáneos⁵. No obstante más allá de la connotación que pueda recibir dependiendo el contexto histórico en el cual se expone su concepto, lo que no puede dudarse es que la justicia representa un significado loable en lo que respecta a la sociedad y el derecho.

Conviene destacar que la sola mención de justicia resulta de enorme repercusión social, el ciudadano común, deseoso de armonía social, la hace su prurito, las instituciones jurídicas comprometidas parte de su desempeño y el derecho en general su manifiesto teleológico. Ahora bien la dificultad que reviste su precisión no es tanta si consideramos la apreciación de algunos ius-filósofos para quienes la justicia es una sola sin ánimos de conceptos ambiguos.

No existen diversas formas de justicia (religiosa, política, histórica, moral, étnica, etc.) la justicia es una o no es. Propiamente hablando no existe ni siquiera la forma de justicia que la época moderna ha valorizado más que cualquier otra, la justicia social. (D'Agostino, 2007, 118)

Al llegar este punto lo que interesa precisar es que el valor justicia, tan importante para el derecho, debe ser resguardado y aplicado en la sociedad, empero debe ser el estado quien lo garantice, y particularmente una rama de él, la encargada de materializarla. En este caso a nuestro juicio la rama judicial se incorpora como la acertada para ello, en el contexto colombiano la experiencia legislativa⁶ ha demostrado la incapacidad para configurar una justicia fundada en la igualdad –al estilo Rawlsiano–, respondiendo solo a sus intereses de poder hegemónico y de clase.

Corresponde enfatizar que la labor judicial, es desde nuestra perspectiva, la de mayor pertinencia en la búsqueda de la justicia, toda vez que se considera a los jueces como los principales intérpretes del derecho; su permanente contacto con la realidad existencial hace ineluctable esta aseveración. Caso Contrario al legislador, cuya función, evidentemente, puede empezar advirtiendo las fuentes reales o materiales del derecho⁷, pero culminan con la creación de la regla general e impersonal. De allí que la materialización de la regla jurídica, junto con lo que ella implica, corresponda al operador jurídico.

De las circunstancias anteriormente referenciadas subyace otra ventaja que comporta la rama jurisdiccional, y es la posibilidad de atender a las particularidades del caso en concreto para lograr la resolución del mismo conforme a los postulados de justicia, equidad y armonía social, en oposición del ente legislativo quien solo manifiesta su voluntad por medio de una ley desconociendo las diferentes situaciones que pueden acaecer en un ciudadano.

Por consiguiente a la judicatura se le puede considerar como un órgano expedito y garante de la justicia⁸ en virtud del cual solo los funcionarios comprometidos con tal postulado pueden erigirse como bastiones. En el caso de la corte constitucional colombiana puede hallarse estas cualidades. Lo que no la obsta para estar sujeta a críticas por algunos sectores académicos y de contrapoder, sobre todo por su politización y en veces arbitrariedad⁹.

La enorme repercusión del derecho legislativo en Colombia hace de este país un redil histórico del positivismo¹⁰, desde las aulas universitarias hasta el entendimiento de la práctica jurídica común fue basada en la teoría gramatical, en veces hasta exegética, del derecho; lo que hizo incluso que algunos juristas defensores de dicha corriente, no entiendan algunos sucesos en donde el tribunal constitucional decida asuntos de notable implicación social, ya que según ellos corresponde a usurpación de funciones. No obstante la acción judicial de los tribunales constitucionales versa en lo social, es siempre activa e impide el anquilosamiento que en algunos casos supone el sometimiento al órgano legislativo, así lo considera, por ejemplo Ackerman (citado por Valencia, 2010) al distinguir entre política constitucional y política legal “la primera es excepcional y se presenta cuando cambios profundos en la opinión popular alcanzan reconocimiento constitucional, al paso que la segunda es rutinaria y se confunde con el funcionamiento ordinario de las instituciones representativas”.

La corte constitucional como órgano de cierre y guardiana de la constitución, según lo contemplado por la misma carta política de 1991, tiene en sus manos, o mejor en sus decisiones, la responsabilidad de hacer del actual código algo de cumplimiento real y efectivo - no digamos de carácter normativa, según las célebres características que la teoría hace de las constituciones, es a nuestro juicio quimérico pensar que se va a cumplir ineluctablemente todo el articulado- que no raye en lo nominal y formal. Luego entonces sus integrantes deben estar provistos de idoneidad y ser verdaderos directores del proceso¹¹ que garanticen un estado constitucional y no solo un estado provisto de constitución, situación totalmente diversa.

De lo anterior se desprende un aspecto compromisorio del ámbito judicial, empero la responsabilidad no solo debe ser de un sector del estado, entendido este último en su acepción más amplia, sino de la integralidad del mismo, esto es un ejecutivo que garantice una función administrativa equitativa y coherente con los de un estado constitucional amén de un órgano legislativo que atienda a través de la creación de las leyes las necesidades básicas de la población. De igual manera de una sociedad que intente preservar por medio de acciones de tolerancia, respeto y responsabilidad los derechos fundamentales de todos los miembros.

Creemos haber mostrado hasta el momento nuestra decantada opinión en favor de la función judicial como garante del orden justo, toda vez que al tratarse de una institución autónoma e imparcial, encamina sus decisiones en el derecho, no ya en aspectos políticos, propios de otras ramas del poder pú-

blico; por demás carentes de legitimidad.

De esta forma (Rosanvallón citado por García, 2013) considera que hay instituciones, como las cortes constitucionales, que han suplido las negligencias de algunas instituciones políticas como, por ejemplo, la función ejecutiva.

Sin duda la democracia requiere canales expeditos y eficientes para la expresión de la soberanía popular, sin embargo, está mejor servida si además median mecanismos e instituciones que permitan la discusión, deliberación y acuerdo sobre las decisiones a tomar, función que debía ser cumplida por las instituciones de la democracia representativa clásica y que por una u otra razón no han desempeñado satisfactoriamente. De acuerdo con Rosanvallón, en los sistemas democráticos actuales esta función está siendo desempeñada por las cortes constitucionales. (García, 2013, 208)

Esta apreciación que en nuestro contexto erige a la corte constitucional colombiana como el ente materializador del prurito reseñado, tiene en los denominados ius-filósofos antiformales a sus principales defensores.

Entre ellos podemos destacar a Dworkin, como un egregio exponente de lo que se denomina el plano sustantivo del imperio de la ley. En su célebre polémica académica con Hart, el jurista estadounidense destaca la importancia de un derecho fundado en principios y directrices, que bien podría denominar el positivismo de “extrajurídicos”, con carácter político y de justicia moral. Dworkin demuestra que solo los “casos difíciles” pueden ser resueltos por medio de los mencionados principios, pues la mera sujeción a la regla sería insuficiente para lograr tal cometido.

Conviene mencionar que la actividad judicial supondría un grado de reflexión filosófica, social y jurídica determinante, su responsabilidad es aún mayor a sabiendas del grado de importancia que tiene su intervención. Habida cuenta de ello su concepción jurídica debe estar basada en el llamado “imperio de la razón” en la que destaca el alejamiento de pasiones, sentimientos que permitan que su juicio no sea un verdadero cometido de justicia sino una amalgama de prejuicios y veleidades¹².

Es fundamental enfatizar en el concepto de imperio de la razón, de un juez alejado de las pasiones o atractivos del instinto, en nuestro caso distanciado de las influencias políticas y de los embelecos del poder. Un juez nomócrata, fundado en el derecho, no en la ley, ni mucho menos en intereses ajenos a la justicia, posee estas características, no es un operador idealizado y etéreo, existió, tuvo en la corte constitucional colombiana y en sus egregios integrantes su principal personificación (Castaño, 2010b) (aun incluso con las críticas que en la actualidad sobre ella se realizan) a tal punto de ser refe-

rencia jurídica y académica para diversos estudiosos e ius filósofos de América y el mundo.

En este orden de ideas se hace referencia a (Henaó, 2013) para quien el juez constitucional es verdadero gestor de políticas públicas; de esta manera su función como simple juzgador está anquilosada. Obviamente debe hacer buen ejercicio de sus funciones en aras de sobrepasar o interferir en asuntos de otras ramas del poder público.

La nomocracia tomada como base por los jueces convierte en el operador jurídico un ser de enorme confianza y legitimidad, el conglomerado sabrá que se encuentra defendido en sus intereses por personas idóneas y de gran convicción moral “el beneficio que obtiene la sociedad de este tipo de personas es considerable. Sin tal justicia nadie está seguro de sus posesiones materiales ni de sus valores sociales” (Shklar, 2012, 120)

Conviene sin embargo advertir que la nomocracia solo es posible con la existencia de jueces que no sean simplemente la “boca del legislador” así como en su momento estableciera Charles de Secondat Barón de Montesquieu, que es la idea principal de los países en donde prima la soberanía legislativa, no por ello se descarta la idea de la utilización de la ley como elemento de expresión transcendente y al legislador como figura importante del ordenamiento, empero se precisa de funcionarios judiciales mayormente basados en el derecho.

Se hace indispensable aclarar el anterior enunciado, lo que se pretendió aseverar fue que se necesitan jueces que se basen más en el derecho que en la ley, ya que desde nuestro punto de vista, existe una diferencia entre jueces basados irrestrictamente en la ley y jueces fundados en el derecho; la concepción del derecho implica la existencia no solo de la norma sino también de principios, valores (que pueden ser morales, éticos, políticos, sociales) y de aspectos de la cotidianidad actuales y hasta históricos. De esta manera un juez nomócrata tendrá en cuenta tres dimensiones, a saber: axiológica (valorativa), normativa (jurídica) y fáctica (realidad) (Castaño, 2010b), esto significa que “el derecho constitucional se compone de normas constitucionales, de hechos o comportamiento referidos a la constitución del estado y de los valores que deben inspirar esas normas” (Castaño, 2010a, 9)

La consideración de estas tres dimensiones será profícua en la actividad judicial, en primera instancia, se precisa determinar que la dimensión normativa no alude simplemente al conjunto de normas generales, abstractas e impersonales de creación legislativa, sino que se compone de la norma fundamental preponderantemente, esto es, de asumir los preceptos constitucio-

nales¹³ como fundamentos esenciales del ordenamiento jurídico. Además de la formación de un derecho basado en la constitución.

La obligatoriedad de la constitución y su advertencia como fuente del derecho nacional logra que los jueces sean los encargados de la consolidación de los derechos fundamentales en el ciudadano, lo cual conlleva a concluir, por ejemplo, que la judicatura se erija como paladín de los principios inherentes del ciudadano y se pueda generar una sociedad inclusiva e incluyente¹⁴.

El segundo aspecto dimensional es el axiológico o valorativo, su fin primordial es la puesta en marcha de los valores aparecidos en la constitución política, que en el caso de Colombia se hallan desde el preámbulo, ellos son: la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.¹⁵ Dichos valores son metas trazadas por el constituyente que orientan la acción del estado a través de sus funcionarios, por supuesto a los judiciales, y ya que estos son los encargados de reestablecer derechos y lograr la protección de los mismos, su consideración se hace obligatoria y taxativa.

El ámbito valorativo no concluye con las metas del introito constitucional, puesto que la valoración jurídica de cada caso será fundamental para la resolución de conflictos mediante decisiones. La jurisprudencia debe ser obra de una excelsa reflexión e interpretación, por esta razón conviene destacar que la práctica judicial necesita de funcionarios probos e idóneos, cuyas cosmovisiones no estén atadas a prejuicios sociales y personales.

La última de las dimensiones es la fáctica, esto es, la apreciación de la realidad existencial. Un juez nomócrata, debe ante todo ser un funcionario que tome en cuenta las circunstancias sociales, económicas, políticas y hasta culturales, al momento de establecer su fallo. El alejamiento de la facticidad supondría el distanciamiento de la razón de ser de sus decisiones, máxime en un contexto como el nuestro en donde se hace menester el surgimiento de funcionarios comprometidos con el mejoramiento de una sociedad flagelada por la intolerancia, irrespeto por los valores y disminución del sentido humano desde el punto de vista institucional y social.

De esta forma se permite mencionar que la existencia de un estado constitucional, fundado en la concreción de los derechos fundamentales, solo puede lograrse con la materialización de los postulados consagrados en la constitución y que esto solo puede ser posible con la presencia de jueces con posturas reivindicativas en cuanto al derecho y consecuentes con la aplicación de las garantías ciudadanas.

De la democracia plebiscitaria a la democracia constitucional. Los jueces constitucionales como funcionarios al servicio del derecho y no de las mayorías

Con el advenimiento de la constitución política de 1991 Colombia experimenta un giro trascendental en el ordenamiento jurídico interno, pues se posiciona a la constitución desde otras perspectivas, ya no simplemente desde su aspecto formal, esto es, como mera norma sobre la producción jurídica que determina el proceso de formación de las demás leyes inferiores existentes en el orden jurídico nacional, sino que también adquiere un significado material, en el sentido de convertirse en norma de obligatoria aplicabilidad en todas las áreas jurídicas, así las cosas su presencia además de ser imperiosa es necesaria al momento de establecer decisiones de carácter judicial que pretendan reconocer los derechos fundamentales de las personas.

La, por antonomasia, norma de normas trajo consigo un acápite más completo en cuanto a derechos fundamentales amén de libertades públicas y privadas respecto a la constitución anterior, la idea primordial del constituyente fue la de lograr la prelación de la persona humana pero ya no desde su individualidad¹⁶ sino desde la otredad, es decir en relación con los demás, advierte de esta forma que la sociedad se erige como el componente relevante del estado. Se enarbola por consiguiente la expresión del interés general sobre el particular. Así mismo para estos derechos consignados se crean mecanismos de defensa que permiten su protección ante cualquier tipo de vulneración por parte de las autoridades y/o particulares.

Uno de los resultados más novedosos e interesantes aparecidos con la ley fundamental fue la irrupción de instituciones o poderes constituidos, uno de ellos fue la corte constitucional cuya labor decisional fue definitiva para el desarrollo ulterior en el sistema¹⁷.

La actividad de la corte constitucional ha refundado el sistema de fuentes en el ordenamiento colombiano, las facultades a ella atribuidas por la carta magna de 1991, la han convertido en legislador positivo, esto es, en un cuerpo judicial con facultades creativas. Basado en conceptos del derecho anglosajón, sus decisiones se convierten en precedentes obligatorios.

Palencia (2014) menciona sobre este aspecto: “debe quedar bastante claro que en nuestro ordenamiento la institución del precedente ha tomado gran relevancia normativa, la corte constitucional ha insistido en este aspecto y en repetidas ocasiones menciona que sus decisiones son de obligatorio cumplimiento por los jueces de inferior jerarquía”

En este sentido, los precedentes constitucionales son de trascendente referencia. Así las cosas, desde el alto tribunal colombiano, se han promulgado decisiones que se han convertido en paradigmas o modelos para resolver casos posteriores que contengan mismos supuestos facticos. De esta manera permite que el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 constitucional, se materialice y, lo más importante, no se vulnere bajo la siguiente premisa: “casos iguales se resuelven de forma igual”.

El fundamento jurídico del precedente constitucional lo encontramos en la misma constitución. En este orden de ideas, el artículo 4 de la constitución, en el que se denomina a la ley fundamental como norma de normas, es consustancial al artículo 241 del mismo código político en la que se le atribuye a la corte constitucional “la guarda de la integridad y supremacía de la constitución”. Luego entonces se advierte como corolario lógico que al ser la guardiana de la norma más importante, y evidentemente, superior del ordenamiento jurídico, sus sentencias también tendrán jerarquía.¹⁸

Conviene detenerse en el aspecto creativo de la corte constitucional. Según este elemento, los jueces dejan de ser la rama del poder público subordinada y de operación mecanicista, para adquirir relevancia en el orden jurídico, incluso modificando el sistema de fuentes. El tribunal constitucional colombiano se ha atribuido esta importante función. Al respecto en sentencia T-478 de 2015, menciona:

El juez, en un Estado Constitucional, es creador de derecho y tiene la obligación de ir más allá de las ataduras formales que le impone la ley toda vez que las mismas, a pesar de su enorme importancia para la estabilidad del sistema judicial, no tienen la posibilidad de darle al funcionario judicial todos y cada uno de los elementos necesarios para resolver todos los casos. En otras palabras, el juez constitucional, como defensor de la institucionalidad y el interés colectivo debe anteponer un juicio integral y finalista de las normas constitucionales a cualquier figura procesal para obtener la mejor solución a los casos que se les plantea. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Es menester considerar que la actividad creadora de los jueces no representa en ningún caso una usurpación de la labor legislativa. Se considera, más bien, como un complemento del derecho en el ordenamiento; como aspecto lógico, se reconoce en la separación de poderes un elemento fundamental para el sostenimiento democrático. Por consiguiente (Echeverri, 2016) plantea: “El juez crea derecho, desde luego, cuando las normas infra-constitucionales van en contravía de los mandatos superiores consagrados en aquellas. Tampoco tiene licencia para desconocer al Parlamento como cuerpo

representativo popular por antonomasia”. (p. 62).

En Colombia la función arrogada por la corte constitucional ha encontrado tanto simpatizantes como adversarios; la mayor resistencia proviene de algunos sectores conservadores de la sociedad, quienes opuestos a las nuevas concepciones del derecho pretenden que esta ejerza interpretaciones de tipo “originalista”, esto es, respetando la voluntad de los creadores u originadores de la constitución, y no adaptándola a las circunstancias actuales¹⁹, la función de la corte, en este sentido quedará reducida a determinar la formalidad, no las cuestiones de fondo, de las normas emanadas por el legislador.

No obstante, la Corte Constitucional se ha erigido como una institución “progresista” en materia interpretativa en el derecho colombiano. Al respecto Carvajal (2013). Señala:

La Corte Constitucional haciendo uso de sus facultades ha redimensionado el derecho a la igualdad a través de la revisión de sentencias en temas de orientación sexual, por tanto se ha logrado abrir un escenario de interpretación constitucional que reviste de formalidad el debate de reconocimiento de derechos a las personas LGBTI. (p.127)

En ese contexto podemos ver como, por ejemplo, las sentencias C- 577 del 2011 y C- 683 del 2015, sobre el reconocimiento de matrimonio igualitario y adopción homoparental respectivamente han ocasionado serios malestares en diferentes sectores de la institucionalidad nacional²⁰ quienes insisten en el carácter abusivo, arbitrario y extralimitado ejercido por el alto tribunal constitucional de Colombia. Este tipo de posturas prefieren jueces tipo júpiter²¹ fieles al sistema y los gobiernos, radicalmente basados en la tripartición de funciones propuesta por Montesquieu.

De conformidad con lo expresado se ha propuesto, incluso, someter a plebiscitos la aprobación de asuntos como el matrimonio y la adopción homoparental, considerando que un aspecto que le atañe a todo el país no debe estar circunscrito al arbitrio de un grupo de personas (La Corte Constitucional), entienden a su vez que la voluntad de las mayorías es el fundamento de la democracia, y por consiguiente la corte debe basarse en ellas, en la moral colectiva, al momento de adoptar una decisión.

Conviene aclarar que los defensores de la democracia plebiscitaria encuentran en el congreso el órgano idóneo en cuanto a la creación del derecho, toda vez que es la institución político-representativa por excelencia, y el único que puede resolver temas de interés general, pues una de sus principales características es que instituye para el porvenir, dejando los casos del pasado en su arreglo a juez.

No obstante se pueden en derredor de lo anterior expresar algunas razones que permitirán confutar, desde nuestra óptica, las anteriores tesis. La primera de ellas la podríamos denominar como la razón ineluctable, en ese sentido no se trata de considerar a la corte como tribunal superior dictatorial o todo poderoso, antes por el contrario, se precisa de la crítica ciudadana y de su compromiso con la justicia para su mejor desarrollo, lo que se pretende establecer es que como tribunal de cierre, sus sentencias son definitivas, inimpugnables, se colige que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional²². La segunda de las razones es ontológica, y tiene que ver con su condición inherente, es decir, con su responsabilidad con la justicia, ello por cuanto las decisiones de la corte deben tener como fuente exclusiva el derecho. Como cuerpo colegiado, reflexivo, racional y argumentativo se precisa su exclusivo, mayor y mejor empleo de cuestiones jurídicas, prevalentemente, antes que el “sentir popular”. Pues como dice (Castaño, 2010b) “los jueces no están llamados a tener en cuenta, al momento de adoptar sus decisiones a las mayorías políticas, sino que se deben es a la institucionalidad democrática, a las formas del derecho” (p. 202). Esta razón es la jurídica.

Por ultima razón se incluye la, que desde nuestro criterio, denominamos, función moral, quizás la más polémica para el positivismo de corte excluyente, también la mayormente incomprendida y tergiversada. Para algunos positivistas el concepto moralobedece, tal cual como su característica lo señala, al orden interno e individual²³, de esta manera se cree que el juez al adoptarla se fundaría en su concepción propia y subjetiva, surgiendo de esta forma la arbitrariedad judicial.

Habida cuenta de lo expresado antes, debemos aludir, como autor excluyente, a (Kelsen, 2010); quien en el capítulo II de su, epónima obra, la Teoría Pura Del Derecho, se refiere a la moral y el derecho. Desde la óptica jurídica del Vienés, moral y derecho son ordenamientos diferentes y por tanto no pueden vincularse.

La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativas diferentes una de la otra. (Kelsen, 2010)

A su vez continua señalando: “la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden –o tal norma jurídica– es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden diferente al derecho positivo” (p. 52)

Empero a la moral que se refieren los teóricos del anti-formalismo es aquella que se sustenta en la constitución, se habla entonces de la moral cons-

titucional, planteada por Ronald Dworkin, en *Taking Rights Seriously*, una de sus obras más epónimas; en ella el célebre ius-filósofo estadounidense esgrime que el juez al proveerse de sus capacidades intelectivas, éticas entre otras²⁴ para dar su sentencia no está en contra de la comunidad, pues toma en cuenta un mandato constitucional a él conferido. Dworkin (citado por Dyzenhaus, 2012) lo explica “los individuos tiene derecho a que se haga respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones, este derecho institucional, tal como lo define la moral constitucional de la comunidad, es lo que Hércules debe defender en contra de cualquier opinión incongruente, por más popular que sea”.

Al contextualizar esta última apreciación de Dworkin hallamos que en el ámbito jurídico colombiano esto puede explicarse de la siguiente manera: la constitución como norma fundamental fue propuesta por el pueblo, el constituyente originario, y creada por una asamblea nacional constituyente de origen popular, ello significa que los principios, valores, metas establecidos en la constitución fueron las expresiones morales determinadas por la misma comunidad²⁵, de esta forma la corte constitucional se convierte en un cuerpo legítimo, y garante de los principios ciudadanos. Esto deshace el argumento de la corte como tribunal arbitrario.

De conformidad con lo establecido podemos empezar a considerar que la judicatura colombiana no se ha quedado anquilosada en las viejas estructuras del derecho que responden a la omnipotencia del legislador, su ejercicio aunque criticado por los diferentes sectores que hablan de un “gobierno de los jueces”²⁶ nos muestran que las facultades a ellos confiadas permiten lograr la materialización de estados constitucionales, donde los derechos humanos de primera, segunda, tercera y cuarta generación sean evidentes, reales y se deje de lado el formalismo constitucional propio de nuestro país.

Conclusiones

La tradición del derecho colombiano lo enmarca como parte del legalismo propinquo del derecho continental europeo, por dicha razón algunos sectores esgrimen y permanecen, reacios, a abandonar estas estructuras, pregonan por jueces funcionalistas con características “jupiterianas” que empleen mecánicamente un silogismo para resolver conflictos.

Desde el advenimiento de la constitución de 1991 y por consiguiente de la corte constitucional, el sistema de fuentes se modifica completamente ya que su actuación judicial posiciona a la jurisprudencia como fuente formal,

aun cuando un análisis literal del artículo 230 permita establecer una posición contraria.

Solo a través de jueces comprometidos con el derecho y sus fines, justicia, primordialmente, equidad, bien común, seguridad, puede lograrse el surgimiento de estados constitucionales, recae esta importante labor sobre la judicatura pues sus funcionarios conviven con la realidad efectiva constante y directamente.

La nomocracia se erige entonces como el elemento sustancial y determinante en jueces. Esta figura proporciona garantismo judicial, pues la presencia de la constitución en todas las áreas jurídicas será inexorable. La corte constitucional colombiana, con todo y errores, es quien más se acerca a este postulado. Su presencia en la actual sociedad colombiana ha tenido un carácter reivindicativo pese a la fuerte oposición acaecida desde ciertos sectores de la institucionalidad nacional.

Su compromiso con el derecho, y no exclusivamente con la regla proveniente del legislativo, o los planteamientos esgrimidos por los defensores de las democracias plebiscitarias, de atenerse a la voluntad de las mayorías, hace de ella un órgano a tener en cuenta en el sistema, porque no también dar esperanzas y considerar que no todo en un país tan convulsionado como este se encuentra perdido.

Referencias

- Carvajal, P. (2013). El reconocimiento de derechos a la comunidad LGTBI. *Revista Jurídicas CUC*, (9),1-397.
- Castaño, L. (2010a). *Justicia e Interpretación Constitucional*. Bogotá: Leyer.
- Castaño, L. (2010b). La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica. En *Justicia e Interpretación Constitucional* (pp.119-322). Bogotá: Leyer.
- Echeverri, E. (2016). *La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder?* *Revista IUS*, 10(37), 59-82. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100059 &lng=es&tlng=es.
- García, R. (2013). La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad. *Política y gobierno*, 20(1), 206-209. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372013000100010 &lng=es&tlng=es.
- Peña, R. (2010). *Constitución Política de Colombia de 1991. Comentada*. Bogotá: Ecoe.
- D' Agostino, F. (2007). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Dyzenhaus, D. (2012). El imperio de la ley como el imperio de los principios liberales. En M. Melero, *Dworkin y sus críticos el debate sobre el imperio de la ley* (pp. 199-234). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Madrid-Malo, M. (1998). *Constitución Política de Colombia Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Recuperado de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_pre_titulo_i_y_xiii.pdf

- Palencia, E. (2014). Perspectivas y retos del sistema jurídico en Colombia. Una mirada al precedente constitucional como tendencia antiformal y obligatoria. *Revista Justicia*, (25),1-191.
- Rodríguez, F. (2013). ¿Hacia dónde va epistemológicamente el derecho? *Revista Justicia*, (23), 1-229.
- Rodríguez, F. (2008). El juez tropos: el estado social de derecho y la garantía al debido proceso. *Revista Juris*, 63-66. Recuperado de https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-10/art-5.pdf
- Shklar, J. (2012). La teoría política y el imperio de la ley. En M. Melero, M. *Dworkin y sus críticos el debate sobre el imperio de la ley* (pp. 117-141) Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Valencia, H. (2014). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.

Jurisprudencia

- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-478 de 2015. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-478-15.htm>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C- 683 / 2015. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-683-15.htm>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia C-479 de 1992. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C- 577 del 2011. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Notas

¹ Cabe señalar que esta misma expresión aparece también en el preámbulo de la misma constitución política de 1991, cuando garantiza y asegura a los integrantes “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco normativo, que garantice un orden político, económico y social justo”

² Hasta el 2014 Colombia todavía ocupaba dentro del rango establecido por las organizaciones internacionales, como una nación que presenta gran brecha de desigualdad. Ver en : <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/colombia-y-brasil-los-paises-mas-desiguales-de-america-articulo-485751>

³ En nuestro sentir aunque todos los valores y metas del derecho, entiéndase, equidad, bien común, seguridad, son importantes para su concreción; la justicia se asoma como el sustrato del mismo. De hecho suele ser una sinonimia, cuando se alude a la acción cotidiana de las instituciones jurídicas.

⁴ Al aludir al concepto de eficacia jurídica apuntamos a la práctica del derecho litigioso, donde el juez resuelve las controversias suscitadas en la sociedad. Solo con la actuación proba, reflexiva y acuciosa del operador jurídico será posible la existencia de sentencias justas.

⁵ Desde las clásicas reflexiones socráticas basadas en la obediencia a la ley como portadora de la justicia, a las platónicas como modelo ideal de gobierno y del gobernante, pasando por las concepciones aristotélicas fundadas en el justo medio, y sus conceptos justicia proporcional y numérica, llegando a la célebre definición de Ulpiano en el digesto “dar a cada quien lo que corresponde” hasta las teorías liberales e igualitarias de John Rawls. la justicia se erige como el valor de mayor contenido reflexivo y sustancial en lo filosófico, jurídico y político.

⁶ La tradición continental europea mediante la cual se forma el ordenamiento jurídico colombiano fue determinante a través de la historia para considerar al órgano legislativo como el de mayor transcendencia y el encargado de hacer del derecho nacional un ejercicio basado en sus decisiones y prácticas.

⁷ Lo que en los cursos de teoría general del derecho se suele denominar como las fuentes primarias, esto es, factores económicos, sociales, políticos, ambientales etc.

⁸ Tomando los recaudos que se precisan para tal afirmación, así las cosas también debe considerarse que desde la administración de justicia han acaecido fallos opuestos a los postulados de un estado constitucional o dicho de otra manera, la función judicial autónoma no ha sido tal por la influencia de otras ramas del poder público. Se entiende entonces que muchas veces sus decisiones son el reflejo de quienes detentan el poder o por la corrupción de algunos operadores que lamentablemente mancillan a toda esta rama del estado.

⁹ Para un mejor conocimiento de estas remitimos al estudio de Castaño Zuluaga Luis Ociel, quien en sus ensayos hace una egregia defensa del tribunal colombiano en su primer decenio de funciones y una vehemente crítica al conformado actualmente. *Justicia e Interpretación Constitucional. Luis Ociel Castaño Zuluaga (2010) editorial: Leyer. Bogotá Colombia.*

¹⁰ En la historia colombiana han existido 16 constituciones nacionales, todas, con excepción de la actual carta política de 1991, fueron obra manifiesta de los intereses políticos de turno. Estas estuvieron basadas en el principio, hasta ese momento apodíctico, de la soberanía nacional, (principio de la Francia revolucionaria. 1789) que tenía en el congreso su mayor emblema. No hay que olvidar el gran influjo del bipartidismo liberal y conservador, cuya dominancia permaneció incólume por décadas y etapas. En este orden de ideas hubo constituciones liberales como las del periodo 1858 – 1886, destacándose la de 1863 y la de la denominada regeneración conservadora que inicia desde 1886, año en que se expide una carta de enorme talante centralista, confesional, fundada en la soberanía nacional y limitadas en el acápite de libertades. La hegemonía del partido conservador se consolida entre 1903 hasta 1930.

¹¹ Cualidad indispensable del denominado “juez tropos”. (Rodríguez, 2008) disponible en: http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-10/art-5.pdf

¹² Según Shklar (2012) el concepto de imperio de la razón debe atribuírsele a Aristóteles quien consideró a los jueces como seres que deben estar dotados de razón, intelecto, que les permita realizar operaciones silogísticas en sus juicios para poder dar sentencias guiadas por la inteligencia, no obstante, no basta solo la intelección en los operadores jurídicos, se precisa además del dominio y autocontrol de las pasiones en estas personas, solo así las decisiones serán equilibradas fundadas en la justicia. Quiere decir que además de la sabiduría, el juez, debe estar provisto de ética. Sin duda esta apreciación se convierte en un antecedente del juez Hércules propuesto por Dworkin.

¹³ Basados en el determinante, contundente y constitucional argumento de la constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico (art 4 de la constitución política de Colombia 1991) no solo desde el plano de la validez, es decir para darle reconocimiento a otras normas, también desde el ámbito sustantivo, como fuente de obligatoria aplicación y materialización de derechos fundamentales.

¹⁴ La reciente sentencia C- 683 / 2015, polémica por demás en un país de tradición religiosa y hasta confesional en acápites de su historia, que habilitó a las parejas homosexuales para adoptar menores de edad, es una prueba de esa inclusión, no solo porque se reconoce el derecho a las minorías sexuales sino porque permite que: niños, niñas y adolescentes que se encuentran en hogares sustitutos puedan tener un hogar.

¹⁵ El preámbulo de la constitución política de Colombia, según sentencia C-479 de 1992, está dotado de fuerza vinculante, a su vez se considera parte íntegra de la carta magna, quiere ello significar que la norma constitucional colombiana forma un todo armónico y sistemático.

¹⁶ La libertad individual fue el propósito de los movimientos constitucionales liberales iniciados en Europa y América. Colombia al crear una constitución de tipo utilitaria incluye el liberalismo como uno de sus índices pero también a los derechos sociales, propios del movimiento que lleva su misma denominación.

¹⁷ Fue a través de los fallos de la corte constitucional que el sistema empieza a refundarse, pues las jurisprudencias emanadas desde este cuerpo colegiado, como órgano protector de la constitución, hicieron que los fallos proferidos por los restantes órganos de cierre –consejo de estado, corte suprema de justicia– fueran vinculantes con efectos erga omnes. Habida cuenta de lo mencionado debe considerarse que la posibilidad de jueces activos en el ordenamiento nacional se debe, en gran medida, a la propia labor de la corte constitucional.

¹⁸ Se pueden referenciar a su vez, las sentencias C- 335 de 2008, en la que se menciona que los jueces deben adoptar las decisiones de la corte en casos similares que posean los mismos supuestos fácticos, so pena de incurrir en prevaricato. Esto supondría una mayor obligatoriedad del precedente, así como una especie de “camisa de fuerza” para jueces de inferior jerarquía. Sin embargo la misma institución también profirió la sentencia C-634 de 2011 (apartamento judicial) en la que se dispone que los jueces pueden apartarse de los precedentes, siempre y cuando justifiquen las razones para ello.

¹⁹ La adaptación a las circunstancias es uno de los tantos principios adoptados por la corte constitucional para realizar sus interpretaciones, aspecto, a su vez, que permite diferenciar este tipo de interpretaciones de las que hacen otros órganos, como el legislativo, principalmente, quien emplea los clásicos elementos, lógico, histórico, gramatical propuestos por Savigny en 1840. También se precisa enfatizar que la discusión entre originalismo e interpretativismo tuvo como epicentro a los Estados Unidos, donde también se pretendía, sobre todo, en la década de los ochenta restañar el carácter hermenéutico y creador de los tribunales supremos.

²⁰ Quizás una de los más fervientes opositores al papel interpretativo desempeñado por la corte constitucional es el del ,hasta la fecha, procurador general de la nación, cuya cosmovisión del derecho compagina con las posturas civilistas de otrora, en donde solo se consideraba derecho la voluntad del legislador y el juez un mero aplicador de la misma. Sobre el tema de matrimonio igualitario consideró el representante del ministerio público: “La Corte Constitucional continúa lejana del espíritu con el que fue creada por la Carta de 1991 e impone concepciones ideológicas que atentan contra conceptos, principios y bases sociales del país”. Tomado de: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/procurador-sobre-el-matrimonio-igualitario/16557561>

²¹ Aplicadores de ley, oriundos del modelo liberal, fundados en interpretaciones literales y hasta exegéticas de la norma, obviando realidades, necesidades y problemas sociales actuales.

²² Artículo 243 constitución política de Colombia.

²³ Máxime las teorías separatistas, esto es, aquellas concepciones que separan el derecho de la moral (González, 2010) entre quienes se destacan autores como: Tomasio, Kant, Kelsen, Fichte.

²⁴ Claramente Dworkin hace alusión al juez Hércules quien está dotado de condiciones superlativas que le permiten solucionar casos difíciles, esto es, aquellos donde la ley no aparece o donde esta es insuficiente para dar resolución a un caso concreto.

²⁵ Esto dista en demasía con lo expuesto como critica anteriormente, bajo el entendido, de que fundarse en la moral constitucional no significa hacer lo que el pueblo quiere en un momento determinado. Pues la interpretación de los valores, principios y metas en aras resolver conflictos, no corresponden al ciudadano común sino a los jueces son estos los encargados de materializar el contenido constitucional por más impopular que resulte una decisión.

²⁶ En Colombia el asunto no es nuevo. incluso bajo la égida de la constitución anterior (1886), en el que la participación de la judicatura era poca o nula, también se catalogó como “gobierno de los jueces” la actuación esporádica de la corte suprema, específicamente en los años de 1978 y 1981 en donde a través de acciones públicas de constitucionalidad declaran inexecutable las reformas propuestas por los ejecutivos presididos por Alfonso López Michelsen y Turbay Ayala, respectivamente. “por primera vez en la historia nacional la corte suprema osa afirmar que los representantes del pueblo no son libres para ejercer su poder constituyente porque existe un procedimiento propio y solo uno para modificar la ley fundamental” (Valencia, 2014. 67)