

# TRES REFLEXIONES SOBRE LA FUNCION JUDICIAL

**Diego Martínez Marulanda\***

Conferencia pronunciada ante los Jueces Promiscuos en la Gobernación de Antioquia el día 28 de noviembre de 1988.

## SUMARIO

### PRESENTACION

#### 1. EL POSITIVISMO LEGALISTA Y LA TEORIA DEL SILOGISMO

#### 2. LA POSTURA KELSENIANA

#### 3. LA DESOBEDIENCIA A LA LEY

#### 4. CONCLUSIONES

\* Doctor en Derecho de la U. de A. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la U. de A.

## PRESENTACION

Son demasiadas las reflexiones que sobre tan importante función pudieran hacerse, pero también es muy cierto el inmenso riesgo de quien se anime a decir siquiera algunas, riesgo digo, de producir reflexiones inútiles y poco provechosas, pues el teórico siempre tiende a la especulación y sobreestima un ámbito de la necesidad y de la urgencia práctica que reclama el funcionario, acosado por lo que algunos han llamado la angustia de fallar.

Consciente y orientado por esta situación, me he permitido elegir tres puntos de reflexión, que de alguna manera refleja inquietud e interés en muchas de las personas atentas y vinculadas al ejercicio de la función judicial. Pretendo puntualizar sobre algo que frecuentemente es motivo de confusión y de discusiones poco fructíferas. Me refiero al positivismo jurídico y a su postura con respecto a la función judicial. Así, que dos de las reflexiones girarán, primero sobre una caracterización del positivismo legalista y la teoría del silogismo judicial, la segunda versará sobre la posición Kelseniana, que frecuentemente es confundida con la anterior. Una tercera reflexión, después de señalar unas conclusiones de acuerdo a lo puntualizado en las dos primeras reflexiones, será un llamado de atención a los jueces, para que vuelvan la mirada sobre la Constitución, poniendo énfasis en la consideración de la figura de la inaplicabilidad.

### 1. EL POSITIVISMO LEGALISTA Y LA TEORIA DEL SILOGISMO JUDICIAL

La expresión doctrinaria más representativa de esta teoría, es la conocida como la Escuela de la Exégesis. Veamos en síntesis la caracterización que de ella hace Bonnacese.

-El derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley. De este presupuesto se desprende todo un culto al texto de la ley, una sumisión absoluta a ella.

Bugnet, decía, "Yo no conozco el Derecho Civil, no enseño más que el Código de Napoleón".

-La misión del jurista debe estar dirigida a buscar la intención del legislador. "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete. Este no tiene por objeto hacer el derecho" (Laurent).

-Descubierta esa intención y estableciendo el principio fundamental que consagra, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo, sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica. "Los artículos del Código son teoremas cuyo enlace entre sí hay que demostrar, y deducir sus consecuencias hasta el punto de que el verdadero jurista es un geómetra y la educación puramente jurídica es pura geometría" (Liard).

-Se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal. Dura lex, sed lex. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas. No hay más equidad que la de la ley, ni más razón que la de ésta<sup>1</sup>.

La escuela de la exégesis sienta las bases de un formalismo jurídico que defiende al modelo silogístico como función del poder judicial. La tarea del juez aquí, es lógico-mecánica. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Sino existe norma aplicable, entonces el juez debe rechazar la demanda. El derecho siempre ofrece respuesta a los problemas que se plantean. La función del juez está subordinada a la ley. Esta concepción aprecia el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y completo de normas. Por ello, en el derecho no hay lagunas y el principio con el que se describe esta característica o cualidad del derecho es el conocido con el nombre de LA PLENITUD HERMETICA DEL ORDEN JURIDICO. La razón o la explicación de este postulado es otro principio que se enuncia así, "todo lo que no está prohibido está permitido"<sup>2</sup>.

En esta caracterización del positivismo legalista, es importante señalar una vinculación muy fuerte entre esta corriente y la axiomática que bien puede considerarse la manifestación teórico triunfante de la época en que se cuajó y se desarrolló el positivismo legalista. Utilizaré en este rastreo algunas observaciones del profesor español Gregorio Robles. "El método axiomático, de carácter lógico deductivo, fue la máxima obsesión del Derecho Natural Racionalista. La edad moderna tuvo a la geometría como la ciencia modelo, cuyo esquema epistemológico debió ser asimilado por todas aquellas formas de conocimiento que pretendiesen el calificativo de "científicas". No sólo las ciencias de la naturaleza, sino también las ciencias del espíritu, trataron de asimilar en su seno el método

1 BONNECASE, J. La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil, Puebla, (México), Editor José M. Cajicá Jr. 1944, Capítulo II: p. 139-162.

2 Sobre este tema y su correspondiente, las lagunas del Derecho, puede consultarse entre otras, la obra de COSSIO, Carlos. La plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Buenos Aires, 1947, Losada, p. 316.

geométrico. Tanto la ética como la jurisprudencia, si querían ser ciencias, debían ser tratadas *more geométrico*. Fue precisamente esta circunstancia la que hizo que en la edad moderna se acentuase el dualismo entre verdadera ciencia del Derecho, que operaría en el ámbito jurídico como las demás ciencias, esto es, al modo geométrico, y la jurisprudencia o hacer técnico de los juristas, la cual no constituía de por sí una verdadera ciencia, ya que se apartaba del modelo epistemológico triunfante. En virtud del método geométrico, la ciencia del derecho natural, que era la verdadera ciencia del derecho de la edad moderna, pretendía-se la construcción del sistema del Derecho a partir de axiomas o verdades ético-jurídicas evidentes, de las cuales por derivación lógica, conseguíanse principios cada vez menos generales, y así hasta llegar a las conclusiones últimas del sistema, conclusiones que contemplaban los problemas concretos que la vida jurídica plantea. El resultado fue la construcción de grandes edificios sistemáticos, imponentes por su grandeza y por su coherencia, pero alejados de la realidad vital... con el triunfo de la revolución, el Derecho Natural perdió su papel crítico al encarnarse en los textos jurídicos elaborados por las clases sociales triunfantes. El ideal se transformó en textos escritos y así surgieron los códigos. Estos, verdaderos herederos de la mentalidad iusnaturalista, fueron concebidos de manera similar a como habían sido concebidos, los sistemas teóricos. En los códigos habría de desenvolverse, partiendo de determinados axiomas ético-jurídicos, a los cuales se les denominó principios del Derecho o principios generales del Derecho, todo el conjunto normativo necesario y suficiente para regir las relaciones interhumanas en amplios espacios de la vida social.

De esta manera, se opera la mitificación del legislador ilustrado, apoyada por la idea Rousseauiana, del legislador omnipotente y omnisciente, capaz de prever la problemática de los ciudadanos hasta en los más mínimos detalles.

“Esta mitificación tenía que oscurecer necesariamente la función de los jueces. El trasfondo político es bien claro. Mientras los grupos triunfantes pudieron monopolizar la creación del Derecho por medio de la ley, el estrato de los jueces escapaba en gran medida a su influjo ya que en él se albergaban los herederos del Antiguo Régimen y representantes de las clases nobles.

Los jueces se convirtieron así, en meros aplicadores de la ley... La creación del derecho era obra del legislador y de nadie más, puesto que él encarnaba la voluntad general. La aplicación del Derecho fue convertida en una tarea absolutamente secundaria, que no podía añadir nada a lo ya creado en la ley”<sup>3</sup>.

3 ROBLES, Gregorio, “La decisión en el Derecho y la tópic jurídica”, En Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica, Madrid, Universidad Complutense, 1985, p. 396-399.

Esta mentalidad estaba representada doctrinariamente, como ya se ha dicho, por la Escuela de la Exégesis, que dominó en Francia durante todo el siglo XIX, y que desde ahí extendería su influjo al resto del continente europeo y de América del Sur.

¿Cómo entonces habrían de hallar la sentencia los jueces? ¿De qué manera el órgano decisorio habría de llegar a su decisión para darle solución a un caso concreto? La respuesta no podía ser otra. Mediante el silogismo. Ernest Forsthoft, ha declarado tajantemente: “la jurisprudencia se aniquila a sí misma, si no entiende la interpretación de la ley como la indagación de una subsunción correcta en el sentido del silogismo”<sup>4</sup>.

Para cerrar esta caracterización y abrir una nueva reflexión sobre la función judicial, será oportuno decir con el profesor español Andrés Ollero.

“Tal difusa mentalidad adquiere consistencia teórica en un ancho campo del pensamiento jurídico que cabría etiquetar como “positivismo legalista”. La suerte de esta corriente es paradójica y dispar. Como teoría se halla en clara decadencia, no es exagerado afirmar que toda la reflexión jurídica de nuestro siglo gira, de un modo u otro, en torno a una crítica del positivismo legalista. Se discute, qué debe entenderse por “positividad”... si las proposiciones normativas o los hechos sociales... Por si fuera poco, los “positivistas” más prestigiados abordan la dinámica de las normas jurídicas desde una perspectiva incompatible con un “legalismo” coherente, Kelsen y Hart, pueden servir como muestra”<sup>5</sup>.

## 2. LA POSTURA KELSENIANA

Resulta claro y fácil de probar el distanciamiento tajante de la concepción Kelseniana sobre la función judicial, con respecto a la teoría del silogismo judicial. Pero resulta un tanto sorprendente apreciar un retorno de Kelsen a la actitud exegética, en cuanto propicia, quizás sin pretenderlo conscientemente, una actitud ideológica de respeto y sumisión frente a ésta.

Haciendo referencia a la actitud crítica de Kelsen frente a la teoría del silogismo, hay que decir que el maestro vienés asume la función judicial como un acto

4 FORSTHOFF, Ernest. Citado por Gregorio Robles. Ob. Cit. p. 400.

5 OLLERO, Andrés. Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista. Madrid, Editorial Revistas de Derecho Privado, 1982, p. 15

mixto, es decir, el acto mediante el cual el juez produce una sentencia, es un acto no sólo de aplicación sino de creación. Esto significa, que en última instancia, la sentencia judicial no es un mero acto declarativo, la conclusión de un silogismo. En palabras de Kelsen, "la sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. *Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo*"<sup>6</sup>. Y más adelante, refiriéndose a la norma general, expresa: "la norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio". "Debe tenerse en cuenta que cuando ninguna norma jurídica positiva general predetermina en su contenido la norma jurídica individual, que el tribunal tiene que producir, esa norma individual es impuesta con fuerza retroactiva"<sup>7</sup>.

Estas citas demuestran sin ningún esfuerzo, la oposición de Kelsen a ese positivismo legalista, en cuanto considera la función judicial como una actividad rica y fructífera, puesto que hace del juez un creador de derecho, sin ignorar o desconocer eso sí, el marco abierto de referencia que le proporciona la norma general. Pero si se es acucioso y atento, se entenderá que esa discrecionalidad que Kelsen le concede al juez en la tarea de producir sentencias, en cuanto puede alejarse o acondicionar el sentido de la norma general, va mucho más allá, al punto de rebasar o superar ese marco límite, pues admite la posibilidad por parte del juez de la determinación, o sea, de la creación de la norma general que habrá de predeterminar el contenido de la norma individual.

Esta última observación conduce necesariamente a una presentación abierta de la definición del derecho. Este, ya no sería el conjunto o sistema de normas positivas generales creadas por una instancia superior, del cual se desprenderían las demás disposiciones del sistema. Es justamente en esos eventos, donde el juez no aplicaría derecho, sino que lo crearía para aplicarlo.

6 KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. México, UNAM, 1986, Segunda versión. Traducción de Roberto Vernengo, p. 247.

7 KELSEN, Hans, Ob. Cit. p. 254

La consideración de que en la ley o en el derecho hay lagunas, o sea, que siempre será posible que se presenten situaciones imprevistas no reguladas positivamente, ha dado pie para que los críticos de la corriente positivista acudan a proponer otras definiciones más amplias, más abiertas del derecho. Pero Kelsen sin salirse de una definición normativo-legalista, señala que el tema de las lagunas del derecho es un argumento de inspiración ideológica y que en resumidas cuentas es un falso problema y afirma textualmente "La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello constituye aplicación del derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida"<sup>8</sup>.

Esta posición negativa frente a las lagunas, que implica una expansión de la definición del derecho, se distingue de la consideración puramente exegética que consideraba que el derecho, todo el derecho estaba en la ley.

Kelsen entiende el derecho como un todo, como un sistema normativo y trasciende así el estrecho marco de la ley. Pero esto es a mi juicio aparente. Para demostrarlo, habrá que acudir a los planteamientos que sobre los criterios de validez de las normas expone en su Teoría Pura del Derecho. La pretensión de Kelsen como la de todos los positivistas, está animada por el interés de producir una explicación lógica, coherente, rigurosa del derecho, entendiendo por éste, un conjunto sistemático de normas positivas, efectivamente creadas en un tiempo y en un espacio determinados y por un agente de la comunidad investido de autoridad. Subyace a este propósito, la idea de legalidad, que es el principio rector de todo positivismo heredero del derecho natural racionalista triunfante. La legalidad propiciará un marco de certeza y de seguridad y alejará los brotes de arbitrariedad y autoritarismo combatidos y derrotados con el advenimiento de los regímenes democráticos, inspirados en el modelo llamado Estado de Derecho. Es necesario entonces proceder a la formulación de unos criterios objetivos y seguros ajenos a cualquier valoración ético-subjetiva, que indiquen cuando una norma jurídica existe, cuando pertenece al sistema jurídico, es decir, cuando es derecho válido.

Kelsen define el principio de legalidad, el cual nombra impropriamente a mi juicio, como principio de legitimidad, de esta manera "la validez de las normas jurídicas puede ser limitada en el tiempo, y es importante advertir que el princi-

8 KELSEN, Hans, O. Cit. p. 255.

pio, lo mismo que el fin de tal validez, encuéntrase determinados únicamente por el orden al cual las normas pertenecen. Permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine. Este es el principio de legitimidad<sup>9</sup>. Cuando Kelsen se refiere a las fuentes del derecho, lo hace afirmando que ellas son normas superiores en relación con las inferiores.

“Por fuente de derecho puede entenderse al fundamento de validez y, especialmente, al último fundamento de validez, la norma fundante básica de un orden jurídico. Pero, en la práctica, sólo se denomina fuente al fundamento de validez jurídico positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción”<sup>10</sup>.

También dice Kelsen que “el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma”<sup>11</sup>.

Valdría preguntar, ¿de qué manera la norma superior positiva regula la producción de otra norma jurídica? La respuesta ayudaría a precisar varias clases de fuentes o de normas-fuente. De esta clasificación se extraen los llamados criterios de revisión para decidir sobre la validez de las normas, o sea, su existencia, o su pertenencia al sistema jurídico.

Se atenderá entonces, a tres tipos de criterios a saber:

-Criterio formal-procesal- Contenido en aquellas normas fuente, que prescriben los requisitos o los pasos que deben observarse para la creación de la norma.

-Criterio formal orgánico. Contenido en aquellas normas fuente que señalan el órgano y la competencia de dicho órgano para la creación de normas jurídicas.

-Criterio Material. Incluido en aquellas normas fuente que imponen contenidos o prohíben contenidos a las normas que se vayan a crear.

Son ellos, criterios objetivos, que permiten una técnica lógica con fundamento empírico, para la determinación de la validez o existencia de las normas que hacen parte de un sistema jurídico. Esta técnica que es el desarrollo del principio

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y el Estado. México, UNAM, Textos Universitarios, 1969, p. 137.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Ob. Cit. p. 243.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans, Ob. Cit. p. 201.

de legalidad, garantiza la certeza jurídica que es un valor muy estimable en los Estados Modernos.

Pero sucede, que los mencionados criterios no pueden ser utilizados libre y discrecionalmente por cualquier ciudadano. Sólo, por aquellos individuos que conforman los órganos facultados para realizar esa función específica. O sea, que la decisión sobre la validez o pertenencia de una norma, es una típica función judicial y por lo tanto es una función constitutiva, no meramente declarativa. En este sentido, la función no es una operación lógica, un acto de conocimiento que consista en la simple verificación o constatación del cumplimiento de los requisitos aludidos para emitir el juicio sobre la existencia de la norma. Pero suponiendo que los funcionarios operaran cabalmente los criterios en el proceso que los conduzca a la decisión sobre la validez, surgiría la curiosa circunstancia de que la lógica perdería su carácter de universalidad, puesto que su uso sería exclusivo y privativo, algo así como un privilegio de quienes están investidos para aplicar los criterios rectores de la decisión.

Es claro que cualquier ciudadano avisado, podrá ejercitar dicha técnica, pero sus conclusiones siempre estarán supeditadas a una decisión de autoridad, la que no siempre resultará adecuada a las reglas previstas.

Tan curiosa circunstancia obedece a la concepción que sobre las normas jurídicas sostiene el profesor vienés, pues considera que al no ser productos u objetos lógicos, las normas de un sistema no pueden contradecirse en sentido lógico, es decir, niega el principio lógico de no contradicción, lo que significa que no es aplicable la lógica en la solución de tales contradicciones, puesto que éstas se habrán de resolver no mediante la aplicación de una regla lógica, sino mediante un acto de autoridad.

Por este camino, resultará, que el criterio determinante para revisar y afirmar o negar la validez de una norma, es el criterio formal orgánico, pues, así, el órgano facultado para crear una norma, contradiga o pretermita los requisitos señalados en las otras dos clases de fuentes (formales-procesales y o materiales), las normas creadas por él, en este caso las sentencias, se asumirán como válidas, como existentes. Esta presunción de validez, tiene como soporte, la necesidad de mantener la unidad del sistema normativo dinámico, a fin de evitar lo que sería un caos de opiniones que daría al traste con la certidumbre jurídica. Es por tal razón, que en Derecho, según Kelsen no hay actos nulos en sí, sino anulables. Se debe hablar de anulabilidad y no de nulidad. Esto quiere decir, que la sentencia violatoria de las normas superiores tiene una validez provisional, que viene a ser ratificada cuando se cumple el principio de la cosa juzgada, principio que le

dará el sello de validez definitiva, pues es claro que el acto que crea la sentencia y el acto que la juzga no es un acto de conocimiento sino de creación, de voluntad.

Pero si existe esa amplia discrecionalidad del juez en su labor, según lo expuesto por Kelsen, ¿cómo explicar entonces ese apego a la normatividad, a la fórmula positiva de la ley, del que hacen gala los jueces frecuentemente, al justificar sus sentencias?

Varias podrían ser las respuestas. Revisemos someramente dos.

-La primera que parecería ser válida para un considerable número de juristas, es el apego consciente o inconsciente a las doctrinas exegéticas. En las que se rinde un culto irreflexivo a la ley y al poder ilimitado del legislador. Y para ello, como ya se ha señalado, se hace una utilización de la lógica, operando mal que bien con sus reglas y sus razonamientos, como la analogía, el silogismo, etc. La lógica en estos casos, se convierte en un discurso retórico, en un instrumento justificativo, argumentativo de las decisiones que se tomen y pierde su carácter de método de conocimiento y de razonamiento demostrativo. La lógica no es más que una coloratura de la decisión judicial.

Quando digo que el apego es inconsciente, me estoy refiriendo a la formación jurídica profesional que tradicionalmente se ha impartido por nuestras facultades de derecho. No se habrá necesitado seguramente ponderar las bondades de la exégesis de una forma directa en la cátedra, pero ha sido suficiente la formación marcadamente civilista que ha prevalecido en nuestro medio y no sólo en el nuestro, sino en la orbe hispanoamericana. La influencia del código napoleónico se ha dejado sentir con significativa continuidad, bajo el estímulo de sus doctrinantes que reverentes a él, hicieron verdadera profesión de fe, más que enseñar derecho.

Esta formación, produce profesionales atiborrados de sabiduría de código, desatentos o desmotivados por el derecho público, por el conocimiento de la Constitución y por elementos rompedores de ese contexto hermético como son los saberes que proporcionan otras disciplinas sociales como la sociología, la ciencia política entre otras.

Con razón afirma García de Enterría que "Hoy la ley es más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia, lo que explica que pueda hablarse también de un principio de legalidad, y con mayor énfasis aún que en nuestras socieda-

des, en las mismas sociedades comunistas. La radiografía descarnada de las estructuras sociales que ha efectuado la moderna sociología, el descubrimiento del papel de las ideologías o del que desempeñan los grupos de presión, la conciencia de las debilidades de la burocracia, las condiciones políticas presentes en general, han sido también decisivos para quebrantar inapelablemente la autoridad debida a la ley como un producto de la organización colectiva. El substrato mismo de la construcción positivista ha desaparecido con ello. No sólo la conciencia jurídica general (que es algo que necesariamente está en la base misma del orden jurídico) se ha visto forzada a postular una justicia extralegal, e incluso ya frecuentemente contra legem, sino que además la simple labor técnica de integración de unas leyes elaboradas en tales condiciones dentro del sistema general del ordenamiento exige rigurosamente, con una imperiosidad mucho más enérgica que la que podía darse en relación con los viejos códigos unitarios y sistematizados, una apelación constante a los principios generales del Derecho"<sup>12</sup>.

-La segunda razón que citaré, está en relación con la influencia ejercida por la Teoría Pura del Derecho en los juristas de nuevo cuño, en quienes pesan más los criterios de validez ya reseñados que las mismas consideraciones que el autor hace sobre la función judicial. Esta preferencia por los criterios de validez, refuerza la posición ideológica del respeto a la ley o norma superior. La práctica judicial delata esta actitud ideológica como una obediencia a la utilización de dichos criterios. El juez se siente obligado y ese sentimiento de obligatoriedad proviene no de la necesidad lógica, puesto que ya se informó sobre las inmensas posibilidades de su discrecionalidad, sino por una imposición proveniente de criterios de autoridad y conveniencia.

Esta circunstancia se torna determinante, cuando el juez o el tribunal, sabedores de que su decisión podrá ser revisada a través de la utilización de los recursos, procurará no salirse del marco normativo positivo, de la ley, de ese marco que de antemano les traza como guía, los contenidos de su decisión.

Este hecho, contribuye eficazmente a que se estimule ese sentido de dependencia, hacia la normatividad positiva, hacia la ley, hacia la legalidad.

Pero mirada bien la situación, esa dependencia hacia la ley es aparente, pues se ha dicho que el criterio de validez definitivo no es la concordancia de las

12 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Madrid, Civitas, 1984, p. 28 y 29.

normas, sino la autoridad o investidura del órgano que la crea o la revisa. O sea, que la dependencia es una dependencia de la autoridad.

Pero si bien es cierto, la anulación de la sentencia por una instancia superior no representa normalmente una sanción de tipo personal, el hecho de que se produzca, si toca ciertas fibras sensibles del juez y de alguna manera podría asimilar ese reproche del superior que le revoca o anula la decisión, como una sanción difusa que golpea su idoneidad profesional y trastorna ese resorte importante que agiliza la movilización de su ascenso, o al menos regula su permanencia dentro de la carrera judicial.

Los llamados criterios objetivos de revisión de la validez de las normas jurídicas constituyen como las llamadas "lagunas del derecho", otra excusa para denominar de manera técnica y objetiva un acto de autoridad que fundamenta su validez finalmente, en aquella norma superior que le señala la competencia al órgano.

Una sentencia de un juez, por ilegal que parezca, es válida siempre y cuando provenga del órgano indicado para producirla. Pero si la profiere un policía o un particular, aunque se hubieran respetado las formalidades y los contenidos señalados en normas superiores, ni siquiera será digna de estudio, a no ser que se esté frente al problema del funcionario de hecho.

De lo que se trata entonces, es de mostrar esa rica posibilidad del juez de ejercer la discrecionalidad sin temor a quebrantar los criterios lógicos de revisión de la norma. Esto llevará a un cambio de actitud frente a la omnipotencia y omnisciencia de la ley o del legislador. No puede darse el falso paso de creer que porque los casos de discrecionalidad sean excepcionales, debe renunciarse a esa legitimidad de ejercer la discrecionalidad.

Así es como la ilegalidad desde el punto de vista lógico, puede convertirse en legalidad por la vía de la práctica judicial, que llegando a cierto grado de reiteración, produce la eficacia suficiente para legitimar una decisión y derogar o inutilizar aquella pauta formalmente válida.

Esta opción de la discrecionalidad, resulta perfectamente razonable y legítima, cuando de corregir un sinsentido o una situación paradójica se trate y en eventos tan frecuentes donde se lesionen o desconozcan los derechos civiles y las garantías sociales.

Esta posibilidad de desconocimiento o desacato a la ley, se abre cuando desplazamos la mirada y la reflexión sobre la Constitución, que es realmente la

norma superior, pero que frecuentemente es olvidada o soslayada su importancia, por el brillo o esplendor que la ideología le ha transmitido a la ley.

Nuestra marcada vocación civilista ha hecho de la ley el imperio de la razonabilidad jurídica y ha desplazado la importancia real del documento constitucional, que es en verdad la principal fuente y el eje motor de la interpretación y la aplicación judicial.

### 3. LA DESOBEDIENCIA A LA LEY

Preguntar qué ocurre si consideramos que una ley es políticamente incorrecta, inconveniente, superada, etc. supondría varias respuestas posibles.

-Una, sería combatir la Constitución, el sistema que admite tales injusticias.

-Otra, sería desconocer únicamente esta ley, respetando el resto de la legislación.

-Una tercera opción, sería la de respetar la ley, obedecerla, pero eventualmente luchar con armas jurídico-políticas, en pro de su modificación.

Estas soluciones son objeto de discusión en la teoría o en la filosofía del derecho y sería más que interesante revisarlas a profundidad para extraer consecuencias enriquecedoras.

Sin embargo y afortunadamente, no hay que ir tan lejos para encontrar una de las respuestas, debidamente apuntalada y positivizada en nuestro documento constitucional. En el artículo 215 de nuestra carta, se consagra la segunda respuesta bajo la conocida forma de la Supremacía de la Constitución. Este principio básico, necesario a toda comunidad jurídica que se inspire o que aspire a perfilarse como un Estado de Derecho, ha sido reconocido y consagrado y mantenido desde 1910 en nuestra Constitución<sup>13</sup>. Esta figura conocida en nuestro medio como la Excepción de Constitucionalidad o Acción de Inaplicabilidad, es de suyo poco estudiada, casi ignorada y desde luego prácticamente inoperante.

13 Las contingencias y la historia del principio de la supremacía constitucional, en nuestro ordenamiento positivo, pueden consultarse en el documentado artículo de Restrepo Piedrahíta, Carlos, en su libro Tres Ideas Constitucionales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 201.

Hoy, casi veinte años después, parece aún vigente lo señalado por Sanfín Greiffenstein: "una encuesta realizada entre los tribunales superiores de Distrito Judicial del país a través de los respectivos presidentes, con todas las facultades de Derecho por intermedio de sus decanos, y con otros abogados, ha llevado a la conclusión de que el artículo 215 ha tenido muy poca efectividad práctica. Casi todas las entidades dichas guardaron silencio, otras manifestaron no conocer ningún caso al respecto, finalmente, otras expusieron ciertos casos en los cuales se ve que la Constitución ha servido más como guía de interpretación de la ley que como término de oposición a ésta. En Colombia, no ha alcanzado importancia, ni obtenido desarrollos prácticos que deban resaltarse"<sup>14</sup>.

Se llama la atención sobre la importancia de asumir en la formación y en la instrucción de los jueces, el estudio de la Constitución. ¿Qué es una Constitución y qué uso racional y razonable se puede hacer de ella? Serían éstos, entre otros, interrogantes a plantear y a discutir en el ámbito del órgano jurisdiccional del Estado. Desde esa óptica, se deberá hacer una seria reflexión sobre el principio insoslayable de todo Estado de Derecho: La Supremacía de la Constitución, supremacía sobre la ley y demás actos jurídicos que se produzcan en el Estado. Y como técnica o instrumento que materializa dicho postulado, la inaplicabilidad o la Excepción de Constitucionalidad. No dudo, en calificar esa figura, como la llave liberatoria del cerrado y viciado mundo de la exégesis.

No se ignora, que la utilización de la figura, no sólo presenta algunos inconvenientes de orden práctico y técnico, sino que también tiene sus enemigos.

El llamado, no es a una aplicación irracional, irreflexiva de esta modalidad de control constitucional, tan propia de los sistemas regidos por el Common Law. Es preciso un análisis que nos señale límites y formas adecuadas y prudentes de su utilización.

Otro será el lugar y el momento, donde se intente un análisis sistemático con pretensión de teoría, sobre la Inaplicabilidad como una expresión del control constitucional y como una modalidad de la desobediencia a la ley. Por lo tanto, esta tercera reflexión sólo expone y sugiere una alternativa legítima de airear la decisión judicial, tan intoxicada de legalidad y tan desnutrida muchas veces de la savia constitucional.

#### 4. CONCLUSIONES

1. La función judicial está determinada por la concepción que sobre la definición del Derecho se asuma.

2. Una definición normativista considera al Derecho como un sistema de normas. Es esta una definición cerrada que presupone la utilización de la lógica y de criterios lógicos.

Ella propicia y favorece una actitud de asepsia y neutralidad en la función judicial, actitud que garantiza el cabal ejercicio de la legalidad y proporciona un alto índice de seguridad y de objetividad.

3. Consecuentes con la definición normativa del Derecho, se deberá admitir que el Derecho es un lenguaje técnico que requiere un tratamiento lógico. En este sentido, las normas de conducta son algo extraño al valor. Su existencia es determinable por parámetros lógicos. Es esta la razón para concebirlas como entes u objetos lógicos.

4. Si el Derecho es un sistema de normas lógicamente determinable, la función del juez será meramente mecánica, no creativa del Derecho. Su labor se reducirá simplemente a aplicar el Derecho una vez constate mediante criterios lógicos indiscutibles, su existencia.

5. Esta conclusión es parcialmente aceptada por Kelsen. El admite la posibilidad de la determinación lógica del Derecho, de las normas de un ordenamiento, cuando explica y define los criterios de validez de las mismas, o sea, de su existencia. Pero niega la función deductiva del juez, dice que no es un acto de conocimiento sino un acto de voluntad, lo que implica la discrecionalidad o sea la posibilidad de crear normas por fuera del esquema lógico-deductivo.

6. Según lo anterior, habrá que concluir que si el juez por su mera investidura crea normas válidas aunque no coincidan con los criterios de validez por él señalados, entonces en estas ocasiones se estará admitiendo una apertura de la definición de Derecho, pues en estos eventos será posible que la fuente que suministrará el contenido de la decisión judicial, no será una norma jurídico-positiva, sino un parámetro o criterio diferente, que bien podría ser, la Jurisprudencia, la Doctrina, la Costumbre, o los principios generales del Derecho. Estos se pueden considerar, bien como dogmas válidos cuyos contenidos se extraen de un contexto histórico-político específico que le sirve como referencia axiológica, o

bien, como dogmas universalmente válidos que se extraen de marcos de referencia más abiertos.

7. No cabe duda entonces, que la función judicial cumple una misión creativa y que en cierta medida el juez por fuerza de las circunstancias y la necesidad, es un legislador en miniatura.

8. Tal afirmación no puede ser rotunda ni tan abierta como la pretendieran los adherentes a la Escuela del Derecho libre y los juristas que impulsan lo que hoy se conoce como "El uso alternativo del Derecho".

9. Es necesario que haya una base de certeza que nos permita determinar y elucidar cuáles normas existen en un determinado momento y cuales no. Esto, en aras al cabal cumplimiento de los postulados de la legalidad y la seguridad jurídica, caras conquistas de la humanidad, expresiones irrenunciables del proceso de racionalización de la normatividad, que se afirman como pilares de cualquier sistema jurídico, que se inscriba o pretenda inscribirse en el Modelo llamado Estado de Derecho. Modelo éste, al que aspiran y tienden nuestras instituciones mal que bien.

Esta necesidad de determinación que implica razonablemente la utilización de unos criterios aclaratorios, definitorios, que sean precisos y objetivos, no cierra, ni agota la posibilidad de la definición del Derecho. De la posibilidad de contar con un aparato lógico que confiera certeza y objetividad a un juicio sobre la existencia de las normas, no se sigue que su aplicación ha de ser ciega y mecánica, por cuanto las consecuencias lógicas que desde su manejo se desprendan, pueden generar paradojas y absurdos. Pueden incluso, conducir a situaciones penosas que desmejoren o desconozcan garantías y derechos ciudadanos, concebibles, aun cuando no estuvieren expresamente consagrados en un texto. Bastaría que fueran adecuables dentro del marco general de propósitos que indiquen las instituciones pertenecientes al modelo jurídico-político, para pensar en su protección dejando de lado la lógica.

10. Las paradojas y los absurdos harían pensar en deficiencias o inconsistencias del aparato lógico. Supongamos que las tiene, bien sea porque se ha concebido mal o porque no se le sabe operar cabalmente. Pero aun, admitiendo la posibilidad de mejorar el esquema de interpretación lógica y la capacidad operativa de los sujetos, no estaríamos liberados de tales consecuencias perniciosas. Habrá de reconocerse sí, que la mejoría y refinamiento del aparato lógico y de la capacidad de sus operadores, reducirá en número significativo las muchas situaciones paradójales o absurdas a las que se ha hecho referencia. Redundará en

una ganancia indiscutible de coherencia y claridad. Pero, nunca se agotaría la posibilidad de situaciones de penumbra, las que serían indescifrables razonablemente a la luz de los criterios lógicos.

La idea es, que el aparato lógico no garantiza ni puede prever las innumerables variantes que ofrece el acontecer humano. Es en tal momento donde el juez ha de encontrarse en el campo expedito para ampliar la órbita de su función, en el sentido de inventar, crear criterios de solución.

Queda entonces abierta la ventana para la opción y la discrecionalidad. Siempre se ha temido por la apertura de esa ventana en las mentes racionalistas, que no sin razón, ven en ella la posibilidad de que se infiltren vientos oscuros de autoritarismo y de arbitrariedad. Yo pienso que el aparato lógico no puede dar para tanto y a él, por más que se quiera lo contrario, escapan estos riesgos vitales. La lógica no puede suprimir ni sellar la vida, ni las emociones. Sería tratar de aniquilar el espacio justo donde se propician los cambios y se gestan las revoluciones.

11. Una definición cerrada, hermética del Derecho, es válida y necesaria y no se puede desalentar a quienes la buscan y la proponen.

Otra cosa es dar el siguiente paso y pensar que una vez obtenida a entera satisfacción, allí se agotará todo el espacio de lo jurídico. Ella, será un indicador, un parámetro orientador, pero no más. No puede pensarse, como el esquema que proporcione el único y definitivo criterio de solución, en tanto en cuanto, al aplicarlo queden situaciones insatisfechas o se produzcan consecuencias paradójales.

Yo pensaría que una definición cerrada es apenas un auxiliar eficaz desde luego, pero no suficiente en aquella función del juez, que se desprende no de la mera convención formal que contienen las normas positivas, sino de criterios lógico-históricos. Hablo del juez como el agente solucionador de conflictos. Esta perspectiva no se puede perder de vista ni puede quedar ahogada por la fascinación que produce la exactitud de la lógica.

Las conductas de los seres humanos a las que se pretende aplicar las consecuencias lógicas derivadas con el auxilio del instrumento lógico normativo, no son lógicas ni absolutamente predecibles, porque muy a nuestro pesar, circulan por universos de contingencia.

12. El mismo Kelsen ha admitido y así lo afirma reiteradamente, sin vacilaciones, que el Derecho es un instrumento que cumple un propósito de paz, de

orden. Y dentro de esa función de medio no de fin, que es el derecho, es que hay que entenderlo como un sistema de normas, con las que se busca procurar ese resultado. Para ello se hace necesario entonces, disponer de un agente o de un órgano que realice la actividad de solucionar los conflictos dentro de la comunidad, para garantizar la eficacia del Derecho como medio y que consistiría finalmente en proporcionar una situación relativa de paz.

Teniendo en cuenta este perfil que trasciende la definición del derecho como sistema de normas, pero que no lo ignora, habremos comprendido bien la función judicial.

13. Un llamado: siempre se preguntará, que si esto es así, entonces, a qué criterio acudir, qué método seguir cuando las normas sean insuficientes o generan inconsistencias o inspiran pudores en el sujeto operador del derecho?

Yo apelaría a una fórmula tal vez simple pero al parecer poco explorada y explotada. Me estoy refiriendo a la Constitución. Ella es la fuente de todas las normas que se desprenden del sistema. Ella es el axioma de partida y la referencia de la validez de todas las normas. Pero como criterio referencia, no sólo cumple un papel formal y lógico. Ella, la Constitución, ese documento que encierra ese pacto social que produce la legitimidad de los actos de las autoridades, también encierra de manera expresa o tácita, un cúmulo de criterios axiológicos que dan respuesta a la pregunta por la justificación de todas las instituciones, de todos los Derechos y garantías individuales y sociales.

Recurrir a ella sería lo más sano y lo más razonable. Nuestro derecho positivo concretamente nuestra Constitución consagra una figura de tanta importancia y tan curiosamente ignorada que vale la pena reseñarla y recordarla. Me refiero a la excepción de constitucionalidad o dicha de una manera quizás más técnica, la acción de inaplicabilidad.

## BIBLIOGRAFIA

BONNECASE, J. La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil, Puebla, México, Editor José M. Cajicá Jr., 1944.

GARCIA DE ENTRERRIA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho. Madrid, Civitas, 1984.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, México, UNAM, Segunda Versión, Traducción de Roberto Vernengo, 1986.

OLLERO, Andrés. Interpretación del Derecho Positivism Legalista. Madrid, Editorial Revistas de Derecho Privado, 1982.

ROBLES, Gregorio. "La decisión en el Derecho y la Tópica Jurídica". En Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica, Madrid, Universidad Complutense, 1985.

SANIN GREIFFENSTEIN, Jaime. La Defensa Judicial de la Constitución, Bogotá, Editorial Temis, 1971.

El 23 de diciembre de 1988, el Presidente de la República, en uso de las facultades concedidas por la Ley 57 de 1987 expidió el Decreto 2655 de 1988, llamado Código de Minas.

La expedición del Nuevo Código de Minas fue recibida con expectativa ya que viene a recoger la legislación minera, que se encontraba sumamente dispersa, desde la ley 38 de 1887 por medio de la cual se había adoptado para la nación el Código de Minas para el Estado Soberano de Antioquia de 1867.

El cúmulo de disposiciones reformatorias del Código Minero del Estado Soberano de Antioquia ofrecía incertidumbre en cuanto a la vigencia de sus distintas disposiciones a pesar de que pretendió ordenarse mediante la Ley 20 de 1969, su decreto Reglamentario 1275 de 1970 y básicamente en el denominado Estatuto Minero (Decreto 2477 de 1986).

En estos breves comentarios, sin embargo, sólo me ocuparé de los aspectos ambientales contemplados en el Decreto 2655 de 1988.

\* Doctor en Derecho de la U. de A. Profesor Asociado de Derecho Comercial, U. de A.