

¿Puede el juez crear derecho en Colombia?

Luis Eduardo Cerra Jiménez*

Las corrientes modernas del activismo judicial asignan al juez un protagonismo vanguardista en la creación del derecho. Esa característica es común a los sistemas jurídicos más avanzados del mundo.

Pero, ¿qué fundamento tendrá ese papel en el contexto de la vida institucional colombiana? ¿Puede el juez en nuestro ámbito ser creador del derecho? ¿Resulta obligada la aplicación de sus pronunciamientos en la definición de controversias similares?

Los anteriores interrogantes pueden ser contestados acertadamente tomando como referencia el valor jurídico que asigna el ordenamiento jurídico colombiano a la jurisprudencia. Aquél entrega a ésta un rol en la creación del derecho a partir de las fuentes formales, de donde debe beber el juez.

En efecto, el artículo 80. de la ley 153 de 1887, norma vigente a pesar de la nueva Constitución, y cuya exequibilidad respecto de ésta fue declarada por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-083/95 de fecha 10. de marzo de 1995,

dice que: «*Cuando no haya ley exacta aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.*».

Como puede observarse, la principal fuente es la ley exacta, luego la analogía, y en tercer lugar la doctrina constitucional. Y como es apenas lógico, en acatamiento de esa ordenación deben obrar los órganos judiciales que se encargan, de acuerdo con la competencia que les atribuye la Constitución, de pronunciarse sobre la integridad de ésta. La mentada labor no sólo la realiza la Corte Constitucional sino el Consejo de Estado, al que también corresponde mantener la guarda de la integridad de la Constitución en algunos aspectos.

Entonces, la doctrina constitucional, no obstante hallarse en tercer orden dentro de la jerarquía de las fuentes formales del Derecho (dispuesto así por la ley), tiene un peso específico que le permite al juez constitucional crear derecho en la función interpretativa de la Constitución.

Ahora, el valor que asigna la ley al resto de la jurisprudencia es cualitativamente menor. Basta leer el artículo 230 de la Carta para verificar esta tesis. La mencionada disposición dice: «*Los jueces en sus*

*Abogado. Especializado en Derecho Administrativo. Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico. Profesor de Derecho Administrativo Colombiano en la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial» (El resaltado es mío).

Los únicos criterios auxiliares de la actividad judicial que hacen parte de la fuente imperativa para el juez son la doctrina, siempre que sea la constitucional, y los principios generales del derecho. Es decir, ni la equidad, ni la jurisprudencia (no constitucional) son fuentes imperativas para el juez. Sólo son criterios auxiliares vinculantes de éste frente a falencias, defectos o ambigüedades por causa de regulación legal expresa, la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. De manera que si para la solución de una controversia existe una ley exacta, vale decir, una norma de regulación específica, no es dable al juzgado recurrir a la analogía, a la doctrina constitucional ni a las reglas generales del derecho. Mucho menos a la doctrina no constitucional.

La Corte Constitucional, en sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993, explicó las diferencias entre la jurisprudencia y la doctrina constitucional así:

Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y los tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo (reproducción de acto suspendido), tales providencias sólo tie-

nen un carácter de criterio auxiliar —artículo 230 C.P.— para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional —artículo 243 C.P.—, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

Así, pues, si se considera que, después de la ley, la doctrina constitucional es fuente imperativa para el juez, es válida la afirmación de que el único juez que tiene la posibilidad de crear derecho con sentido moderado es el juez constitucional.

Si la jurisprudencia es un mero criterio auxiliar no obligatorio en la escala de las fuentes del derecho, los pronunciamientos del juez ordinario carecen de la virtualidad de ser protagónicos creadores del derecho, pues, como quedó visto, sus decisiones, en el ámbito general, no constituyen precedentes obligatorios, principales o subsidiarios, y tales atributos son la característica vinculante de toda fuente, y, por ende, de toda motivación creativa del derecho.

Queda, pues, reducida la labor mental del juez ordinario, en el sistema colombiano, a realizar una operación lógica-jurídica en la que la premisa mayor tiene un origen en el legislador, quien es el principal creador del derecho.

Mientras la ley sea la única fuente imperativa para el juez, los diversos métodos de interpretación de la ley no pasarán de ser instrumentos para realizar, en un plano concreto, la voluntad del legislador. Siendo ello así, no se le puede pedir al juez

ordinario que cree derecho extrayendo de la norma lo que ella no tiene. Promulgar lo contrario, sin resolver el nudo gordiano del valor que la Constitución y la ley dan a la jurisprudencia, es forzar a que asuma, sin los instrumentos institucionales, el falso papel de redentor y líder de la justicia social, cuando la realidad es otra. Es indudable que el administrador de justicia ordinario está atado de pies y manos al ordenamiento jurídico preestablecido.

Por la vía de asignar doctrinariamente a la jurisprudencia del juez ordinario un papel que el ordenamiento jurídico no le atribuye, en el convencimiento de que el solo carácter de administrador de justicia lo habilita para realizar plenamente la justicia, se corre el riesgo de frustrar al juez cada vez que se encuentre con que sus poderes no le alcanzan para lograr este cometido. Igualmente conduce al decrecimiento de los niveles de legitimidad de la administración de justicia, el que el colectivo social se percate de las verdaderas dimensiones de su autoridad en la creación del derecho.

Los partidarios de que en Colombia el juez ordinario cree un nuevo derecho hacen abstracción de una realidad: el carácter eminentemente positivista de nuestras fuentes, ordenado por la misma Constitución (artículo 230).

Obviamente, es noble el deseo de la corriente del activismo judicial de concebir la jurisprudencia como instrumento viable en la creación del derecho, y ello obedece a que por esta vía se aspira a lograr que el derecho

se equipare a la justicia, porque en no pocas ocasiones aquél aparece muy distante de ésta.

Si confiamos en que el juez ordinario, en el papel de creador del derecho, puede lograr que éste se aproxime a la justicia, es preciso que el constituyente dé a aquél un rol distinto del que hoy tiene; otorgándole, por ejemplo, un valor vinculante a la jurisprudencia, aunque sea residual, pero en todo caso obligatorio.

La realidad actual de Colombia es que el juez ordinario no posee esta jerarquía, y que en la práctica se convierte en aplicador de la ley, a partir de la ley; hoy no pocas veces alejada de la justicia.

Luego, entonces, en el sistema jurídico colombiano la clave del derecho, como instrumento del orden justo que pregona el artículo 2o. de la Constitución al señalar los fines esenciales del Estado, es el proceso de formación de la ley. A él se traslada, pues, en nuestro caso, el escenario primigenio de la justicia jurídica.

Así, pues, la homologación o aproximación de la ley a la justicia se consigue cuando en el proceso de formación de la primera haya plena expresión y concertación de los intereses de la sociedad civil. He ahí la clave de la justicia en una sociedad heterogénea.

Si el juez aplica una ley que ha sido elaborada de manera sesgada, unilateral y hegemónicamente por el legislador, no sólo no será creador del derecho, no obstante los esfuerzos que haga, no podrá extraer de la

ley una justicia que ésta no posee —como dice el refrán: «No se le puede pedir peras al olmo»—, sino que tampoco se aproximará al paradigma de la justicia, que cada vez debe

ser un valor en constante reelaboración y perfeccionamiento, que guíe el devenir cotidiano de la administración de justicia.