

¿EL JUEZ EN COLOMBIA CREA DERECHO DE MANERA ALTERNA AL LEGISLADOR? UNA MIRADA DESDE LA CONCEPCIÓN DE LA ESCUELA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Maristellys Gamarra Fuentes¹

RESUMEN

Las Escuelas de Interpretación jurídica surgen como necesidad de dar respuestas jurídicas concretas a los casos que se presentan en nuestra realidad social, donde las leyes han sido insuficientes en la solución de un caso específico o no lo abordan en su sentido más amplio, ya sea porque, o no existe una ley que regule específicamente la materia, o bien porque no se logra desentrañar el sentido de esta para aplicarla al caso en cuestión; la actividad de los jueces desde finales del siglo XX ha venido tomando relevancia en cuanto a que no solo son aplicadores de la Ley como así lo esgrime los presupuestos de la Escuela de la exégesis, sino que la norma cuando no ofrece claridad se debe desentrañar desde su génesis y esencia para encontrar o aplicarla de la manera más objetiva y ajustada a derecho posible acudiendo a diferentes fuentes que el ordenamiento jurídico contempla como válidas, que permitan aclarar su sentido y alcance, estas fuentes son: la Costumbre, la Analogía, los Principios del Derecho y de la Constitución Política, la Justicia, el Orden y el Interés Público, lo que los constituye en investigadores y creadores de derecho cuando al legislador se le ha soslayado la regulación oportuna de una materia o no ha sido amplio en alcance de la norma para su aplicación, desde la óptica y objeto de estudio de la Escuela de Libre Investigación Científica se configura este método de interpretación.

PALABRAS CLAVE

Legislador, Norma, Fuentes del Derecho, Realidad Social, Escuela, Interpretación, Jurisprudencia.

ABSTRACT

The Schools of Legal Interpretation arise as a need to give concrete legal answers to the cases that arise in our social reality, where the laws have been insufficient in solving a specific case or do not address it in its broadest sense, either because Either there is no law that specifically regulates the matter, or because it is not possible to unravel its meaning to apply it to the case in question; The activity of judges since the end of the 20th century has been gaining relevance in that they are not only applicants of the Law, as wielded by the assumptions of the School of Exegesis, but that the rule when it does not offer clarity must be unraveled from its genesis and essence to find or apply it in the most objective way and in accordance with the law possible, going to different sources that the legal system considers as valid, that allow clarifying its meaning and scope, these sources are: Custom, Analogy, Principles of Law and the Political Constitution, Justice, Order and the Public Interest, which constitutes them as researchers and creators of law when the legislator has ignored the timely regulation of a matter or it has not been broad in scope of the law. standard for its application, from the perspective and object of study of the School of Free Scientific Research, this method of interpretation is configured.

¹ Estudiante 5to año de Derecho de la Universidad Libre, artículo orientado por el docente Oswaldo Ortiz Colón, maristellys-gamarra@unilibre.edu.co

KEYWORDS

Legislator, Norm, Sources of Law, Social Reality, School, Interpretation, Jurisprudence

INTRODUCCIÓN

En la medida de las posibilidades jurídicas cuando el ordenamiento jurídico no ofrece la claridad suficiente para dar solución ajustada a derecho sobre un caso, los jueces en su obligación de la impartición de justicia atribuida, y fallar los casos objeto de litigio deben recurrir a las diferentes fuentes que el derecho concebido como ciencia ofrece, ya sea las constituidas en el mismo ordenamiento jurídico local o en el del derecho comparado; fuentes diversas que permitan al juez realizar un ejercicio jurídico de interpretación y aplicación del Derecho a la luz de lo científico, lo epistemológico, filosófico y sociológico en un lugar y momento determinado. La Analogía como fuente del Derecho permite homologar casos semejantes ante la ausencia de una norma que se pueda aplicar al caso concreto, la Costumbre constituye derecho a falta de legislación positiva existente – entiéndase en este sentido una norma escrita-, los Principios y Valores constitucionales como el faro que guía el ordenamiento jurídico y los mismos Principios generales del Derecho con el fin último de lograr una sana convivencia en comunidad. La Escuela de la libre investigación científica, precedida por François Geny ofrece esa libertad de investigación al jurista desdibujando distalmente la concepción que se tenía del derecho francés sobre su validez por el contenido textual o gramatical consagrado en el Código Civil Napoleónico, donde los jueces solo son aplicadores de la ley literalmente; esta corriente surgida como crítica abierta al excesivo rigorismo de la ley existente persigue descubrir la esencia de las leyes en derecho, mediante la identificación del pensamiento del legislador, para lo cual el juez deberá recurrir a la creatividad y sagacidad en el ejercicio de la interpretación jurídica en toda el caudal jurídico ofrecido y en el contexto social que se encuentre. En Colombia durante las últimas décadas, el juez ha venido creando protagonismo no legislativo, porque eso sería des-

conocer una de las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, sino impulsador de iniciativas legislativas que se fundamentan en el mismo ordenamiento jurídico cuando éste resulta insuficiente para las decisiones judiciales conforme al contexto y dinámicas sociales surgidas.

LA ESCUELA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Fundamentada en la interpretación del derecho bajo la noción de “investigación científica libre” liderada por François Géný jurista francés, nacido en Baccarat, Meurthe-et-Mosell en el año de 1861 y fallecido en 1959, con aportes significativos al saber jurídico como la discreción judicial en la interpretación de la ley.

Dentro de la visión y presupuestos de esta escuela que contribuyó o mejor dicho aún continúa contribuyendo a la evolución de la interpretación jurídica, conforme al pensamiento de su precursor, se encuentran los siguientes²:

- i. La ley escrita, la costumbre y la tradición o las autoridades, son consideradas como fuentes del derecho
- ii. La finalidad de la ley escrita es descubrir el pensamiento del legislador.
- iii. Para interpretar el alcance práctico de la ley, “debe el intérprete representarse con la mayor exactitud posible las relaciones de hecho que ha querido el legislador organizar jurídicamente, con todas las circunstancias que ponen de relieve las exigencias morales, políticas, sociales, económicas a que el precepto debe dar satisfacción.
- iv. Para llenar las lagunas de la ley debe acudirse a la analogía.
- v. La costumbre es aceptada como fuente del derecho, por tratarse de hechos reveladores de un sentimiento jurídico
- vi. La interpretación debe tener en cuenta elementos de naturaleza objetiva, la naturaleza de las cosas, y principios como

2 Monroy Cabra, Marco Gerardo. La Interpretación Constitucional, 2ª edición., Bogotá, Edit. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

la justicia en la aplicación de la norma al caso concreto

- vii. La interpretación debe tener como criterios la autonomía privada de la voluntad, el equilibrio entre los intereses privados opuestos, y el orden y el interés público.

Surge como reacción a la posición de los exégetas para quienes la suprema norma de interpretación es la misma Ley, restringiendo la concepción amplia de la interpretación en el derecho, aunque no desconoce la jerarquía de la ley en la constitución y funcionamiento del ordenamiento jurídico como eje principal para un orden social justo, la Escuela de la Libre investigación científica de Gény no se limita sólo al análisis lógico del texto de la ley, sino que da cabida a elemento extrínsecos como coadyuvantes en el ejercicio de la interpretación jurídica.

Gény destaca bajo este método de interpretación jurídica que la investigación del interprete debe estar sujeta al medio social y jurídico donde la ley se gestó y nació, a los antecedentes históricos que marcaron el motivo de la ley, a lo que primaba en la mente de los autores de la ley durante su concepción, así como también la influencia de otras legislaciones en la propia, que le agregan valor a las normas jurídicas, pues ellas se crean desde hechos reales, hechos históricos, principios racionales o aspiraciones ideales y la voluntad humana, lo cual concede la potestad de creación, transformación y desarrollo del juez en la producción de jurisprudencias diversificadas y flexibles bajo la uniformidad, entendiendo este concepto de uniformidad como la aplicación de un criterio jurídico mientras las condiciones que llevaron a adoptarlo se mantienen y no cambien.

Este método de interpretación propuesto por Gény sintetiza los siguientes criterios³, para que la decisión guarde su cientificidad y no una solución subjetiva apartada de un orden o unidad jurídica legalmente constituida:

- Si el caso se encuentra previsto en la ley, el juez la aplica para resolverlo
- Si para resolver el caso no existe una ley, o no tiene aplicabilidad una existente, el operador judicial debe recurrir a otras fuentes formales del derecho (la costumbre, la autoridad – jurisprudencia y doctrina actual o moderna- y la tradición (la jurisprudencia y doctrina antigua)
- Si se recurre a las fuentes formales y estas no fueren suficientes, el juez recurrirá a las fuentes no formales (condiciones de la realidad económica, política, social, etc.), datos históricos (prácticas y usos sociales), datos ideales (fines sociales que el legislador se propuso alcanzar) y datos racionales (principios éticos inmutables del derecho natural)

La investigación es «científica» por cuanto el intérprete logra el conocimiento de los referidos datos gracias a la ayuda de diferentes ciencias, por ejemplo, la Ciencia Jurídica para los datos ideales, la Historia para los datos históricos, la Economía, la Sociología y otras ciencias sociales para los datos reales; finalmente, por medio de la razón, aprehende los racionales. A su vez, es «libre» por cuanto en la realización de la actividad no está condicionado a ninguna autoridad⁴

CREACION DE DERECHO DESDE LA INTERPRETACION JURIDICA

“Desde el Derecho romano, la actividad interpretativa de los jueces se va integrando en un proceso creador de Derecho, que sistematizado, genera un cuerpo coherente de instituciones. Para el Derecho romano, no hay ninguna objeción en hablar de creación del Derecho en la aplicación, porque así precisamente va surgiendo el Derecho, a medida de la necesidad social”. Maria Luisa Balguer Callejón⁵

4 Suarez, Eloy. Introducción al Derecho. 3ª edición, Santa Fe, Argentina. Ediciones UNL, 2020, pág. 211

5 Monroy Cabra, Marco Gerardo. La Interpretación Constitucional, 2ª edición., Bogotá, Edit. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 16 y ss.

3 Suarez, Eloy. Introducción al Derecho. 3ª edición, Santa Fe, Argentina. Ediciones UNL, 2020, pág. 210

La actividad de creación de derecho del juez parte de la ley misma, la omnipotencia del legislador poco a poco queda subsumida en la actualidad a la preponderancia del papel del juez creador de derecho desde las bases de la interpretación jurídica que impregna la cientificidad unida al pragmatismo mismo de ejercer el Derecho; los libros enseñan pero en la práctica, en el ejercicio cotidiano se infiere que el juez aunque sujeto al ordenamiento jurídico, quebranta un poco el silogismo donde la ley es la premisa mayor, el supuesto de hecho o el caso la premisa menor y la sentencia o decisión la consecuencia o conclusión final, ésta es la regla de la inferencia lógica del silogismo jurídico, es decir, se parte que debe existir una norma que dé el derecho a argumentar, y una prueba que sustente el argumento, toda ideología se basa en premisas. El derecho, aunque es dogmático, porque se presupone una norma válida, no es estático ¿dónde entonces comienza el juez a crear derecho? La premisa mayor ya no viene a ser la ley sino el caso difícil, donde la ley es insuficiente, nula o inaplicable obligando al juez a ir más allá de la simple deducción o de ser un operador de la norma, caso en el cual aplica derecho, para involucrarse más en la interpretación para lo cual tiene el deber de acudir a varias fuentes para dar la solución correspondiente, pues, no hay certeza de la consecuencia jurídica, generalmente se aplica cuando nos referimos a derechos individuales y colectivos y su vía de acción es el mecanismo de tutela, el juez se encuentra con el panorama de un sujeto de derecho o sujetos de derecho que demandan la tutela o protección de un bien jurídico y ha de adentrarse en que criterios debe aplicar para lograr el fin constitucional o existencia de un objetivo perseguido, la validez de ese criterio con respecto a la Constitución con la aplicación del procedimiento prestablecido, la legitimidad y la eficacia como efecto real sobre el comportamiento humano.

Hans Kelsen en su obra *Teoría Pura del Derecho*, en el aparte de la producción de normas jurídicas por los tribunales de última instancia, instituye al juez como legislador cuando la sentencia judicial crea un precedente, es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto

se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales, continua esgrimiendo Kelsen en su obra que el carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por la legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación. En el primer caso, el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma general. El tribunal funcionará en forma idéntica al legislador.⁶

¿CREA DERECHO EL JUEZ EN COLOMBIA DE MANERA ALTERNA AL LEGISLADOR?

Bajo los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, donde constitucionalmente existe una clara separación de poderes con atribuciones y funciones específicas expresamente estipuladas, como principio político en el que los diversos órganos del poder se articulan armónicamente para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho⁷, originariamente el juez no es creador de derecho en el entendido de producción de la ley con la validez que el procedimiento legislativo exige para la producción de normas jurídicas, garantizando en cierta forma el cumplimiento del principio de la seguridad jurídica, donde jurídicamente y en términos generales existe la existencia del conocimiento de lo prohibido y lo permitido dentro de las opciones que el ordenamiento jurídico ofrece, ahora, el juez excepcionalmente en Colombia entra a coadyubar el proceso de producción de normas jurídicas al legislativo entendiéndose esta coyuntura orientada por un ideal de justicia, se convierte la sentencia judicial en la continuación de la creación de derecho dentro del universo del sistema jurídico exclusiva de los jueces no sometidos a mandatos políticos ni legislativos pero que con-

6 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, Universidad autónoma de derecho, Instituto de investigaciones jurídicas, 1982, pág. 258 y ss

7 Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992

ducen como hilo integrador el funcionamiento sistémico del orden prestablecido para un Estado social de Derecho, pues, la jurisprudencia adquiere por conexión al principio constitucional de justicia carácter normativo y de fuente formal del derecho, desdibujándose la auxiliaridad de esta estipulada en la Constitución Política.

En la lectura realizada del libro *La Interpretación Constitucional* se cita que: *La supremacía constitucional y la existencia de Tribunales Constitucionales han ampliado el ámbito del Poder Judicial que se presenta hoy como un poder vigoroso y con amplia influencia en la sociedad. Hay que tener en cuenta que si la ley es correcta y técnicamente elaborada, el juez dispone de menor grado de apreciación e interpretación que si la norma es ambigua, contradictoria, confusa, ausente o arbitraria porque en este caso el juez tiene margen para corregir deficiencias, llenar las lagunas, o deshacer las contradicciones que se presenten.*⁸

CONCLUSIÓN

Las Escuelas de interpretación jurídica precedidas por juristas dispuestos a ir más allá del Derecho bajo la visión de Napoleón, han contribuido notablemente en la evolución del Derecho, despetrificaron la Ley añadiéndole dinamismo, protagonismo e importancia a través del ejercicio de la interpretación judicial del ordenamiento jurídico como una trazabilidad del sistema de normas válido desde todo punto de vista, pues, integraron al Derecho establecido en los sistemas jurídicos de las naciones, principios y valores en favor del hombre como sujeto principal del Derecho, equiparando las funciones legislativas y judiciales en la producción de normas jurídicas, no quiere esto decir que exista usurpación del poder judicial de las funciones de la creación de leyes por el poder legislativo, que no es igual a la creación de derecho, pues, como se mencionó antes lo que se procura es la cohesión del sistema jurídico acorde con los principios del Derecho y en la concreción del mismo en dar a cada quien lo suyo en un or-

⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *La Interpretación Constitucional*, 2ª edición., Bogotá, Edit. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 171

den justo, correcto, legal y necesario. Kelsen nos indica que el Derecho es una ciencia autónoma, analiza el derecho válido y los requisitos para su efectiva validez, pues, habrá un derecho que da el legislador y habrá un órgano competente para la interpretación del derecho, es decir, un tribunal fuerte encargado de ese estudio que exponga lo que el legislador quería cuando creó la norma, que da forma a su teoría pura del Derecho, en cuanto a la validez, eficacia y legitimidad y que ratifica lo expuesto por Gény en los postulados de la Escuela de la libre investigación científica que confiere la validez al sistema normativo y a las diferentes fuentes del derecho establecidas, así los jueces en este entendido también pueden producir normas jurídicas válidas y obligatorias como las leyes creadas por el legislador, con presupuestos axiológicos bien justificados y argumentados, el Derecho como ciencia en su esencia y objeto de estudio no puede perder de vista la vida social y el contexto político y social donde se aplican las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico.

En palabras de Antonio Rovira se afirma que en definitiva, los juristas en general y los jueces en particular tienen que ser capaces de enfrentarse con esos nuevos problemas y realidades, deben contribuir a evolucionar el Derecho ajustándolo a las nuevas circunstancias, adecuándolo a la realidad social, al cambio, no siendo un obstáculo a su natural evolución, sino al contrario, institucionalizando los cambios sociales, fomentándolos, haciendo que el Derecho cumpla con su función transformadora de la sociedad, empujando la legalidad hacia una más libre y justa regulación de los nuevos tiempos”.

Los jueces crean derecho ajustado a la realidad social, partiendo del ordenamiento jurídico e impulsan la función legislativa a colegir estas realidades sociales en la producción de leyes consecuentes con un orden social justo.

BIBLIOGRAFÍA

Luis Fernando Bohórquez Botero, Jorge Iván Bohórquez Botero. Junio del 2000, *Diccionario Jurídico Colombiano*

Marco Monroy Cabra. 2005, La Interpretación
Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-104 de 1993.
[https://www.corteconstitucional.gov.co/
relatoria/1993/C-104-93.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm)

Hans Kelsen. 1982, Teoría Pura del Derecho

Eloy Emiliano Suarez. 2020, Libro digital, Pdf,
Introducción al Derecho