

ANTIFORMALISMO Y LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE EN COLOMBIA.

Karen de Jesús Cuesta Dunoyer¹

RESUMEN

La forma de estudiar y entender el derecho y los sistemas jurídicos han ido evolucionado con el paso del tiempo, predominaba en un inicio los pensamientos liderados por los positivistas formalista, y como antítesis surge las corrientes antiformalistas del derecho, y es entonces donde surge la escuela libre del derecho, el Realismo jurídico y la escuela del derecho libre. Por medio de este trabajo investigativo se hablará del paradigma formalista y anti-formalista haciendo un especial énfasis en la escuela libre del derecho, y la influencia de la misma en el ordenamiento jurídico colombiano.

PALABRAS CLAVE

Positivismo, formalismo, antiformalismo, realidad, derecho libre, derecho práctico, enseñanza.

ABSTRACT

The way of studying and understanding the law and legal systems have evolved over time, initially the thoughts led by the formalist positivists predominated, and as antithesis arises the anti-formalist currents of law, and that is where the free school of law, legal realism and the school of free law. Through this investigative work, the formalist and anti-formalist paradigm will be discussed with a special emphasis on the free school of law, and its influence on the Colombian legal system.

KEYWORDS

Positivism, formalism, anti-formalism, reality, free law, practical law, teaching

INTRODUCCIÓN

Predominaba en la época la concepción del derecho legislado, del derecho como un sistema coherente, cerrado, sin vacíos, contradicciones internas, lagunas y pleno, es por ello que la única interpretación válida es la hecha al texto legal, dicho análisis tomó fuerzas con la jurisprudencia de conceptos en Alemania y a la escuela de la exégesis en Francia que pregonaban un *lego centrismo* imperante; sin embargo las grandes transformaciones sociales de la época produjeron un desajuste de la legislación que hacían insostenibles el sistema de normas de los ordenamientos jurídicos, es por ellos que surgen como antítesis las doctrinas antiformalistas, las cuales promueven un derecho más real y flexible sobre el derecho y las ciencias jurídicas.

El movimiento de la escuela libre del derecho surge en Alemania a finales del siglo IX y principios del XX, como una fuerte oposición al positivismo dominante, esta defiende la idea del derecho práctico, del derecho con fines prácticos y creativos, donde la sentencia no es una mera aplicación de una norma jurídica sino una tarea creadora.

¹ Estudiante de Quinto año Derecho de la Universidad Libre de Cartagena, artículo orientado por el docente Oswaldo Ortiz Colón, docente de la cátedra de Jurisprudencia Constitucional. Correo electrónico: karen-d-cuestadunilibre.edu.co

POSITIVISMO FORMALISTA Y ANTIFORMALISTA

El formalismo y el antiformalismo han sido dos tipos de pensamientos y posiciones extremas de imperantes en el desarrollo de la filosofía del derecho, analicemos continuación las características relevantes de cada una:

· Positivismo teórico-formalista

El formalismo promueve una teoría de la justicia, donde lo justo es aquello que este de conformidad con la ley, y lo injusto es aquello que entra en desacuerdo con las leyes, es decir, extralimita la certeza y la seguridad del Derecho; de igual forma para los formalistas el derecho es independiente de cualquier reflexión moral o política.

Este pensamiento fue desarrollado por la jurisprudencia de conceptos donde predomina el derecho exacto y sistemático, donde no hay vacíos porque todo ha sido regulado por ello se excluye la actividad judicial creativa, en la interpretación y aplicación del Derecho; por otro lado, la escuela exegética la cual propendía que los juristas y juzgadores debían sujetarse a la ley, como razón escrita y equitativa.

· Positivismo teórico- antiformalista

Desde el antiformalismo se critica las bondades de la lógica, como única vía para asumir el estudio del derecho, la máscara de neutralidad con la que el discurso jurídico muchas veces construye su contenido, la igualdad formal tan abstracta como vacía que teje los argumentos jurídicos hegemónicos (TIMM HIDALGO, 2014).

Esta motivó el surgimiento de nuevos pensamientos antiformalistas, tales como la escuela de la libre investigación científica, el movimiento del derecho libre y el realismo jurídico, con las cuales se buscaban solucionar las falencias del formalismo a través de la conexión con la realidad social a la que está vinculado un determina-

do ordenamiento jurídico.

ESCUELA DEL DERECHO LIBRE

La Escuela libre del derecho surge en Alemania a finales del siglo IX y principios del XX, bajo los pensamientos de Kantorowicz y Ehrlich. En esta se estudia un tipo de derecho libre, el cual brota del derecho que surge al margen de la organización legislativa del estado, se contrapone al derecho estatal porque tiene su validez y origen con independencia del estado y además tiene mayor influencia social que el derecho estatal. (Noster García, 2017).

La tesis central de la Escuela libre del derecho es que todo conflicto judicial constituye un problema para el cual el sistema jurídico no siempre dispone una norma o solución, por tanto, le corresponde al juez elegir la disposición adecuada. La sentencia no puede considerarse la aplicación de una norma jurídica disponible, sino una tarea jurídico-creadora del operador jurídico. Kantorowicz promueve un cambio total al decisionismo. Para él, al lado del derecho creado por el estado, hallamos el derecho libre, creado por el juicio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, por la jurisprudencia judicial y por la ciencia del Derecho. (Carrillo De La Rosa, 2009).

En esta escuela el juez toma el papel de activo creador de reglas, lo cual le genera una enorme responsabilidad ante la sociedad, y bajo esta perspectiva la actividad judicial se enmarca en un juez pensante, un juez que sea capaz de comprender bajo un contexto axiológico sociológico en el que se encuentra en el sistema jurídico, lo cual le permitirá resolver en forma justa cada caso, es decir, un juez que atienda al voluntarismo frente a la ley, con un campo de discrecionalidad para fallar en lo justo.

En resumidas palabras el juez en la escuela del Derecho Libre adquiere gran importancia, bajo él recae la responsabilidad de hallar la solución al caso por resolver más allá de la ley porque este al interpretar el derecho, crea normas jurídicas, y al caerlas materializa la justicia, al re-

conocer el papel del juez, se reconoce también que el derecho este lleno de vacíos y lagunas y que el derecho positivo jamás será suficiente para resolver todos los conflictos jurídicos de la sociedad.

NOCIONES DEL MOVIMIENTO LIBRE DEL DERECHO EN COLOMBIA:

Realmente los aportes de esta corriente al conocimiento del derecho son de gran relevancia, situación que se nota en la marcada influencia del mismo en los sistemas jurídicos contemporáneos, tal y como es el caso del ordenamiento jurídico Colombiano.

Colombia en su artículo 4 constitucional señala expresamente que “La Constitución es norma de normas. ... Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”, sin embargo, dentro de esta supremacía constitucional se entiende que en algún momento tendrá lagunas y vacíos, y es el juez quien debe llenar esos vacíos mediante la utilización de principios y reglas aterrizadas a la realidad.

La jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional guarda bastante cercanía con los postulados de la Escuela del derecho libre y realismo jurídico y con la jurisprudencia de valores, se ha puntualizado en la importancia de la literalidad de la norma, pero bajo la condición de ceder ante la obtención del valor justicia en los fallos de los jueces. El operador judicial ha dejado de ser un pasivo aplicador mecánico de la norma para pasar a ser un creador de derecho. (López Daza, 2010).

Tal pensamiento ha sido señalado en reiterados pronunciamientos judiciales, donde se consagra que la Constitución efectiva de un Estado no debe limitarse a la simple enumeración de sus artículos. La carta debe ser complementada con las decisiones judiciales que indican la manera como se aplican sus normas. Dicho en otras palabras: el juez constitucional, en sus decisiones, complementa el texto legal con los criterios de aplicación, esto es, con las excepciones a la regla que no han sido contempladas en el texto

fundamental, a través de la creación de las normas que la doctrina ha denominado “sub-constitucionales”. (Sentencia C-546-92 Corte Constitucional de Colombia).

El ejemplo más concreto de un juez constitucional, es lo relativo a los fallos de tutela, como bien sabemos la acción de tutela es un mecanismo e instrumento constitucional que tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los individuo, y que en la mayoría de ocasiones sus fallos van más allá de la aplicación de una norma fundamental que ordena determinada protección, por ser este amparo mecanismo subsidiario y transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable tiende a buscar ese alcance supremo, más allá de la ley.

CONCLUSIONES

Las nuevas tendencias anti formalistas del derecho, apuntan a un juez activo y dinámico para crear un derecho flexible y aterrizado a las realidades y exigencias sociales, donde se desecha el aplicador mecánico y rígido del derecho tal y como proponía las tendencias formalistas del derecho ; las ideas defendidas por el movimiento del derecho libre han sido de gran importancia para el conocimiento del derecho, sin embargo pensamos que la aplicación absoluta de tales tesis representaría un riesgo que atentaría directamente contra la seguridad jurídica, característica importante en los sistemas jurídicos, la discrecionalidad es una facultad que no debe ser limitada ni tampoco convertirse en un poder arbitrario.

BIBLIOGRAFÍA

FLORES ÁVALOS, E. L. (2006). Jurisprudencia de Conceptos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 219-232.

López Daza, G. A. (2010). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? Cuestiones constitucionales.

Noster García, A. (2017). Resumen del Libro Conocimiento Jurídico de Juan Antonio Martínez Muñoz. Madrid: Universidad Complutense de Madrid- Facultad de Derecho- Derecho Mercantil II.

TIMM HIDALGO, A. K. (2014). ANTIFORMALISMO JURÍDICO, APROXIMACIONES BÁSICAS. Revista de Derechos Fundamentales - UNIVERSIDAD VIÑA DEL MAR(11), 195-226.

Carrillo De La Rosa, Y. (2009). PANORÁMICA HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA ADJUDICACION DEL DERECHO. SABER, CIENCIA Y Libertad, 15- 29. 6. Carrillo de la Rosa, Y. (s.f.). Hermenéutica Y Argumentación Jurídica. Panamericana Formas E Impresos S A.