

**KENNEDY COMO PRETOR:
UNA CRÍTICA DESDE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS
DEL DERECHO A LA TEORÍA DE LA ADJUDICACIÓN
JUDICIAL Y A LAS TEORÍAS JURÍDICAS
DOMINANTES EN COLOMBIA
(FORMALISMO-ANTIFORMALISMO)***

VICENTE FABIÁN BENÍTEZ ROJAS
GERMÁN ALONSO GONZÁLEZ HERRERA**

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 13 de agosto de 2007

RESUMEN

El artículo estudia desde los estudios críticos del derecho, la relación entre formalismo y antiformalismo en la adjudicación judicial. Así, los autores exponen cómo algunas instituciones judiciales o doctrinas que a menudo son llamadas “formalistas” o “antiformalistas” generalmente no comparten los caracteres de aquellas teorías jurídicas.

Palabras clave: formalismo, antiformalismo, decisión judicial.

* Agradecemos al Dr. JUAN FELIPE GARCÍA por los comentarios dados a este artículo.

** Estudiantes de noveno semestre, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

Agradecemos a nuestros compañeros TOMÁS BUSTAMANTE, JULIÁN GONZÁLEZ y JULIÁN SOLORZA los comentarios y observaciones hechas al presente escrito. De la misma forma, agradecemos a HEINRICH BACH por los consejos dados en la redacción de este artículo.

**KENNEDY LIKE PRAETOR:
A CRITIQUE FROM CRITICAL LEGAL STUDIES
TO THE JUDICIAL ADJUDICATION THEORY
AND THE DOMINANT LAW THEORIES IN COLOMBIA
(FORMALISM – ANTIFORMALISM)**

ABSTRACT

The article studies the relationship between formalism and antiformalism in the judicial adjudication from the optic of the Critical Legal Studies. Thus, the authors show how some judicial institutions or doctrine, which are often called “formalists” or “antiformalists” usually don’t share the characters of those law theories.

Key words: *Formalism, antiformalism, judicial adjudication.*

“Las cosas nunca pasan allí
donde se cree que van a pasar,
ni por los caminos que se espera”.

GILLES DELEUZE

1. INTRODUCCIÓN

En estos cinco años hemos interactuado con códigos, sentencias, doctrinas y un sinnúmero de pensamientos expresados por profesores acerca de la concepción judicial, que las más de las veces nos presentaban un escenario de antagonismo y contradicción representado por dos escuelas: el formalismo y el antiformalismo. Por ejemplo, esta polémica (para la mayoría) se da en el llamado “choque de trenes” cuando se enfrentan dos perspectivas distintas del derecho, en suma, como se verá a lo largo de este escrito, la teoría jurídica se divide en dos polos opuestos y muchas instituciones y doctrinantes son clasificados en uno o en otro.

Por lo anterior, el presente artículo propone una nueva visión a través de la cual, con ejemplos reales, se expondrá que el operador jurídico nunca se casa en su totalidad con una u otra escuela.

Para esto nos valemos del jurista estadounidense DUNCAN KENNEDY, tratando de exponer que el juez en la adjudicación judicial busca reproducir un deseo: el deseo

de llegar a una sentencia políticamente favorable a sus convicciones (la sentencia a la que se quiere llegar), con relativa independencia del campo jurídico que se estudia y para lograr a ese fin recurre tanto a argumentos formalistas como antiformalistas (y argumentos mixtos) rompiendo ataduras y simples dualidades o escuelas (formalismo y antiformalismo entendidos como ideología son destruidos por la sentencia a la que se quiere llegar).

2. ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

La base conceptual del presente artículo está edificada en los estudios críticos del derecho, que nacen en los años setenta en Estados Unidos como herederos del realismo norteamericano de la primera mitad del siglo XX¹.

Se habla en plural de “estudios” porque en su interior conviven los más disímiles pensamientos, en orden a realizar una crítica de las teorías dominantes o fundacionales, es decir, una de sus características principales es darle la espalda a los análisis sistemáticos².

Es más se ha catalogado como el virus dentro de las teorías jurídicas norteamericanas y tiene a KENNEDY como uno de sus autores principales³.

De KENNEDY tomamos prestadas dos ideas principales. A lo largo de su libro *Libertad y restricción en la decisión judicial* presenta un hipotético caso laboral en Estados Unidos y a partir de allí explica que el juez proyecta primero la sentencia a la que quiere llegar (basado en múltiples factores políticos, económicos, morales, etc. y lo que cree que es justicia⁴) y luego da forma a sus argumentos para sustentar la decisión. Ahora bien, puede ocurrir que el campo jurídico esté minado⁵ y en ese caso el juez deberá fallar de manera contraria a la sentencia a que quiere llegar.

1 RODRÍGUEZ, CÉSAR, Estudio preliminar de *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pág. 28.

2 RODRÍGUEZ, CÉSAR, *op. cit.*, pág. 37.

3 RODRÍGUEZ, CÉSAR, *op. cit.*, 28.

4 DUNCAN, KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pág. 105.

5 Según el profesor JORGE GONZÁLEZ, campo minado “es la expresión extrema de la sensación de restricción del juez en donde será muy difícil proferir una decisión que supere de manera exitosa la brecha de obviada, ya que se percibe que no hay una posibilidad de manipular el campo”. Tomado de GONZÁLEZ, JORGE, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional” en revista *Vniversitas*, n° 110, julio-diciembre de 2005, Pontificia Universidad Javeriana, pág. 134.

Del mismo KENNEDY también tomamos la idea según la cual no hay un metasisistema⁶ que pueda describir la adjudicación judicial en el derecho privado, esto, es, no hay escuelas. En su artículo describe dos posibles pensamientos (altruismo e individualismo), que a lo largo del tiempo terminan perdiendo la identidad entre sí, en otras palabras, el moderno individualista considera posibles las críticas de los altruistas contra el liberalismo; mientras que el altruista considera aceptables las críticas del individualismo contra el colectivismo característico del altruismo⁷.

Esta crítica propuesta para el sistema jurídico norteamericano, puede aplicarse también a la situación actual de la teoría jurídica nacional.

3. LAS TEORÍAS JURÍDICAS DOMINANTES EN COLOMBIA

Si observamos la historia de las codificaciones decimonónicas en la Europa continental y en Colombia, se descubre sin mayor dificultad que se buscaba consolidar la idea clásica del Estado-nación: eran producto de la razón ilustrada que encarnaba el sabio legislador. Su carácter totalizador se debía a que se deseaba reducir la realidad a cerca de 3000 artículos, manteniendo el legislador un halo de divinidad que puede predecir todas las situaciones posibles, casi la labor de una pitonisa.

Es precisamente con FRANÇOIS GENY en Francia que se comienzan a reevaluar estos conceptos y se dice que nace “el nuevo derecho” importado a Colombia con una serie de transformaciones o transmutaciones⁸. La realidad que es aprehendida por los sentidos y que en últimas es pilar neurálgico del empirismo, nos dice que las codificaciones del siglo XIX no podían de forma alguna aprehender los flujos tan variados de la realidad. Este sería el pensamiento dominante entre los juristas nacionales durante los años treinta.

Según LÓPEZ, (no nos detendremos mucho en esta cuestión, véase *Teoría impura del derecho*), finalizando los años treinta del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia (La Corte de Oro) adaptó y aclimató los principios antiformalistas franceses, pero

6 DUNCAN, KENNEDY, “Forma y sustancia en la adjudicación en el derecho privado”, en *Sociología jurídica, teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. MAURICIO VILLEGAS. editor, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, 2001, pág. 186.

7 DUNCAN, KENNEDY, *op. cit.*, pág. 185. En este punto no se ahondará en los conceptos altruismo e individualismo en el derecho privado norteamericano. Para efectos del presente ensayo, nos basta la idea detrás del artículo. Sobre el particular véase el artículo de KENNEDY ya reseñado. Es una traducción de algunos fragmentos del artículo original “*Form and Substance in Private Law Adjudication*” en *Harvard Law Review* 89, 1976.

8 Sobre el particular véase LÓPEZ, DIEGO EDUARDO, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá 2004. Especialmente los capítulos 1, 2 y 4. (En adelante teoría impura).

ante la llegada al poder de EDUARDO SANTOS muchos miembros de la Corte se irían de ésta.

Desde finales de la década de los treinta hasta 1991 con la expedición de una nueva Constitución, se dice que la teoría jurídica dominante en la conciencia nacional sería de nuevo el formalismo. Pero ante la evolución del constitucionalismo moderno representado en cartas de derechos más amplias, con un tribunal que los garantice, se expresó que el “nuevo derecho” había renacido de sus cenizas. En ese orden de ideas, gran parte de la comunidad jurídica ha encasillado a los jueces en una de dos escuelas: formalismo (usualmente se le coloca ese sello a la Corte Suprema de Justicia) y antiformalismo (a la Corte Constitucional se le ha identificado con esta corriente)⁹.

No obstante, lo que se quiere decir en este punto es que si bien es cierto que tales categorizaciones tuvieron sentido en cierto momento histórico, en el contexto actual no puede afirmarse con tanta validez dicha separación o dualidad de pensamiento, como se verá a continuación.

DUNCAN KENNEDY uno de los precursores de los estudios críticos del derecho y quien sigue a NIETZSCHE en algunos aspectos, se constituye en un virus —como él mismo lo dice— dentro de las teorías dominantes. En efecto, al decir que el juez proyecta primero la sentencia a la que quiere llegar y posteriormente elabora su argumento moldeando el campo jurídico¹⁰, quiere decir que independientemente de la teoría a la cual el juez se acoja, lo que prima en últimas es “un juicio desarticulado e inconsciente”¹¹. Se puede decir entonces que tratar de explicar una sentencia, acomodándola a x o y escuela, es como tratar de explicar un cuadro de PICASSO¹²,

9 Por ejemplo, QUINCHE, MANUEL, en “Seguridad jurídica y volatilidad constitucional en un Estado complejo”, en *Justicia constitucional*, Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, afirma en la página 211 que la discusión sobre el principio de seguridad jurídica se ubica en uno de dos sectores: el formalismo jurídico o el de los abogados progresistas o garantistas.

10 En la reciente inducción a juzgados laborales que efectuó el consultorio jurídico asistimos a una audiencia donde se discutía la existencia o no de un contrato de trabajo en cierta situación. El juez al término de la misma cuando las partes ya habían salido del juzgado, indicó que en ese caso si había contrato de trabajo. Ya sabía la sentencia a la que quería llegar sin haber observado el expediente, ni las pruebas sino sólo argumentando que en esa situación fáctica como las que se presentaba existía contrato de trabajo. Nosotros como estudiantes de derecho analizamos el campo jurídico (normas, jurisprudencia, Constitución, etc.) y de la situación que presenciábamos no se infería que existiese tal contrato. El juez entonces tendría que adecuar el campo jurídico a su propósito.

11 OLIVER WENDELL HOLMES, “*The Path of law*” en: *Harvard Law Review*, 10(1897). Citado por CÉSAR RODRÍGUEZ en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pág. 26.

12 PICASSO diría: “Todo el mundo quiere comprender la pintura. ¿Por qué no se intenta comprender el canto de los pájaros? ¿Por qué a la gente le gusta una noche, una flor, todas las cosas que rodean al hombre, sin tratar de comprenderlas?” Tomado de *Grandes biografías*, Casa Editorial *El Tiempo*, Bogotá, 2005, pág. 96.

subyace una cantidad inimaginable de motivos: a todo proceso aparentemente racional, subyace uno irracional.

En otras palabras, el juez, el estudiante o el litigante primero emiten una respuesta al problema jurídico planteado atendiendo a muy diversos factores —políticos, económicos o hasta irracionales o inconscientes— para luego tratar de proporcionarle a dicha solución (la sentencia a la que se quiere llegar) una base argumentativa sólida y para esto se recurre tanto a argumentos propios del “formalismo” como del “antiformalismo” o argumentos mixtos o nuevos. Como consecuencia de lo anterior se desprende que clasificar a un juez, un profesor, un estudiante o una institución como “formalista” o “antiformalista” es un ejercicio complejo, ya que para justificar el juicio emitido (la sentencia a la que se quiere llegar), el operador jurídico echa mano de las herramientas argumentativas e interpretativas que le sirven para llegar a su decisión final, con independencia de si son clásicas o novedosas.

Más adelante se aterrizarán los anteriores postulados con ejemplos reales. No se trata pues de limitar la discusión jurídica a un problema de interpretación o lingüística¹³ más o menos libre, sino identificar que el juez y la comunidad jurídica en general tienen cierto deseo que proyectan en la sentencia a la que quieren llegar, porque reducir el derecho a una lucha entre formalismo y antiformalismo, a una simple representación o dualidad al estilo hegeliano, es reducir y tratar de interpretar elementos inexplicables¹⁴.

Afirmamos que toda la comunidad jurídica no pertenece a escuela alguna por lo siguiente:

- i. El litigante por ejemplo, independientemente de su postura ideológica defiende a su cliente, lo que busca es ganar y por eso utiliza los argumentos a su alcance y

13 ARRIETA, AQUILES, en “Expresiones en uso. Entre la vida del derecho, el significado y la responsabilidad fiscal”, en *Republicanismo 1*, Legis. Bogotá, 2001, pág. 185, expresa que interpretar la ley a través de una noción del lenguaje más novedosa, puede ser vía para dejar de lado la “concepción decimonónica del lenguaje defendida por la exégesis francesa y demás corrientes formalistas del siglo XIX”, de lo cual se infiere que aún hoy en día, hay un sector de la comunidad jurídica nacional que aparentemente sigue sus principios (los del formalismo), pero no se tiene en cuenta que los “antiformalistas” también han utilizado el lenguaje como lo hacía la exégesis para adecuar el campo jurídico y así lograr la sentencia a la que se desea llegar. Véase en este mismo escrito más adelante el caso del salvamento de voto a la sentencia C-543 de 1992.

14 Por ejemplo, RODRÍGUEZ, CÉSAR, en “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de la Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pág. 269 afirmaría que “a través de estas dos categorías —formalismo y antiformalismo— es posible comprender de manera más adecuada el enfrentamiento de paradigmas opuestos de interpretación de la Constitución de 1991”. Consideramos que la discusión jurídica se limita a prácticamente dos escuelas y nada más.

- ii. El estudiante en un examen final, lo que busca es aprobar la materia así se aparte de sus creencias por encontrarlas contrarias a las del profesor apelando a todas las herramientas que pueda. Se trata pues de hablar a través de la estructura del lenguaje que el profesor tiene; el delirante por su parte, tendría un uno como calificación al apartarse de los cánones que las teorías jurídicas dominantes en Colombia han impuesto.

Según CÉSAR RODRÍGUEZ:

“KENNEDY sostiene que los jueces esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus fallos bajo el manto del discurso de la aplicación mecánica del derecho, debido a que dicho discurso hace parte de la concepción dominante de la función judicial. Si se apartan de esta concepción —*v.gr.* confesando que la decisión de un caso concreto estuvo basada en una preferencia ideológica— son blanco seguro de la crítica de los guardianes de la tradición jurídica (colegas, abogados, profesores de derecho, etc.) e, incluso, pueden llegar a perder su cargo”¹⁵.

Consideramos que, la discusión entre formalismo y antiformalismo ya está superada¹⁶, lo que quedan son rezagos, posiciones intermedias que responden al deseo, que son imposibles de estructurar dependiendo de la convicción política de cada juez en términos de KENNEDY. Qué mejor ejemplo de lo que hace el juez en la adjudicación judicial: toma lo que le sirve.

Como ya hemos venido mencionando, al juez no le interesa usar herramientas propias de una escuela sino que utiliza cualquier tipo de instrumento que le pueda servir para argumentar (argumento que sería el límite de la libertad que tiene el juez).

Se dice que tomó una decisión formalista o antiformalista, pero fue la sentencia a la que quería llegar lo que lo llevó a eso (no se trata de un simple eclecticismo).

15 RODRÍGUEZ, CÉSAR, Estudio preliminar de *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pág. 70.

16 Como sucede en el derecho privado norteamericano: “La explicación de los modernos individualistas y altruistas es que ambos creen en los dos conjuntos de premisas, a pesar del hecho de que son radicalmente contradictorias”. Tomado de KENNEDY, DUNCAN, “Forma y sustancia en la adjudicación en el derecho privado”, en *Sociología jurídica, teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. MAURICIO VILLEGAS, editor, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, 2001, pág. 185.

4. LA PRÁCTICA

Comenzaremos narrando la situación de la Corte Constitucional como aparente adalid del “nuevo derecho”. Tomaremos tres casos: el test de razonabilidad, se dice sobre éste que es una herramienta antiformalista porque se trata de un instrumento argumentativo novedoso, no obstante,

“el test de razonabilidad participa de algunas de las notas con las cuales se caracteriza el formalismo haciendo un poco ilusoria esta clasificación *a priori* del método de interpretación”¹⁷.

Y es así, porque a pesar de que en principio se trata de ponderar dos intereses, se termina haciendo una subsunción al estilo clásico de la exégesis: analizando si el medio es idóneo y se adecua a una serie de reglas preexistentes¹⁸, en vez de aplicar caso por caso el test atendiendo a sus particularidades. Pero ha sucedido lo contrario: si la materia es económica, tributaria o de política internacional por ejemplo, la intensidad del test será leve, será estricto si la medida se trata por ejemplo de distinciones sospechosas como las que establece el inciso 1 del artículo 13 de la Constitución y se aplicará el intermedio si se vulneran derechos no fundamentales o se afecta gravemente la libre competencia. En suma, se aplicará el test de acuerdo con la clasificación hecha en la sentencia haciendo una categorización bastante restrictiva, teniendo en cuenta que hay casos en los cuales se tocan unos temas con otros. A pesar de que en la misma providencia se reconoce que puede haber temas que se entrecrucen, lo más probable es que los jueces de menor jerarquía sigan los mencionados criterios ante el temor de desconocer el precedente vertical que establece la Corte Constitucional¹⁹.

Por otra parte se ha dicho que una de las características cardinales del clasicismo es el papel trascendente que tiene la deducción²⁰. Sin embargo, la Corte

17 GONZÁLEZ, JORGE, *et. al.* *El test de razonabilidad: pasos hacia la interpretación “antitextualista”*. Inédito.

18 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido tres pasos básicamente siguiendo el modelo europeo: Que el fin sea legítimo, el medio idóneo y que sea proporcionado o “razonable”. Véanse entre otras muchas sentencias: C-673 de 2001, C-043 de 2002, C-064 de 2002, C-291 de 2002, C-540-2001.

19 La Conclusión que arrojan GONZÁLEZ, JORGE *et. al.* es contundente: “el uso del test de razonabilidad que en algún momento fue catalogado como *antiformalista*, puede ser igualmente catalogado como un método *formalista*. Las ambigüedades con las cuales se ha definido el *formalismo* y el *antiformalismo* en nuestra cultura jurídica, contribuyen a que esta división en métodos de interpretación no sea convincente. Si bien el formalismo se identifica con valores como la objetividad, la certeza y la previsibilidad, puede verse que la aplicación del test de razonabilidad no está distanciado de estos valores, tal como lo hemos venido señalando”.

20 Cfr. LÓPEZ, DIEGO. *Teoría impura*, pág. 171.

Constitucional aún sigue aplicando de manera preponderante este método. Por ejemplo, en la sentencia C-593/05, se construyó en más de diez páginas la premisa mayor del silogismo (sólo el Congreso expide normas de policía) para en el último párrafo, decir que como las asambleas departamentales no cumplen la tarea del legislador, no pueden expedir normas de policía.

Por último, se trae a estudio la sentencia C-543 de 1992 donde se analizaba la procedencia de tutelas contra providencias judiciales. Aunque estamos en gran parte de acuerdo con el salvamento de voto expuesto por CIRO ANGARITA, EDUARDO CIFUENTES y ALEJANDRO MARTÍNEZ en cuanto a la posibilidad de que procedan, hay un argumento que nos llamó bastante la atención:

“La acción de tutela contra sentencias se ejerce ante un juez —el llamado juez de tutela— y se dirige contra el juez que dictó la sentencia que el afectado considera vulnera un derecho fundamental. La denominada “cuestión litigiosa” no es objeto de la acción de tutela contra sentencias, sino la actuación o la omisión del juzgador que ha causado la presunta lesión a un derecho fundamental”.

Consideramos que con estas afirmaciones se trata de hacer una bifurcación absoluta entre la actuación del juez y el proceso o cuestión litigiosa, lo cual en nuestro parecer es bastante reductivista. Decimos lo anterior por lo siguiente: el juez de tutela no puede examinar la actuación judicial con independencia total del proceso mismo, ya que es en éste —en el proceso— donde el juez actúa y en el que eventualmente pudo haber vulnerado un derecho fundamental.

De igual manera, en el mismo salvamento se argumentó que la Corte desatendió el tenor literal del artículo 86 de la Constitución —específicamente la parte donde se dice que la tutela procederá en “todo momento” y “ante cualquier autoridad pública”— al declarar inexecutable la disposición que autorizaba la procedencia de tutelas contra providencias judiciales, teniendo en cuenta que los jueces son “autoridades públicas” y pueden vulnerar derechos con sus decisiones (léase providencias). Como salta a la vista, se utiliza un argumento bastante formal para defender la decisión que proyectaban ANGARITA, CIFUENTES y MARTÍNEZ. Así las cosas, se puede afirmar que para sustentar una posición “antiformalista” (los magistrados que salvan expresan que la sentencia es reflejo del formalismo) se recurre a un evidente literalismo, que podría ser considerado “formalista”.

Ahora bien, del lado de la Corte Suprema de Justicia, si bien es cierto que la línea de pensamiento ha sido más uniforme que la del tribunal constitucional (proporcionalmente hay menos salvamentos de voto por ejemplo), no es menos cierto que también hay una serie de posturas que hacen pensar que hay elementos de una corriente “antiformalista”.

El caso del contrato de agencia comercial es revelador. En 1980²¹, la posición de la Corte Suprema con respecto a la posible coexistencia que podría haber entre un contrato de compraventa (o uno donde se transfiriera el dominio) y uno de agencia comercial, era que no podían darse simultáneamente por cuanto el agente promocionaba su propio producto o servicio y no los del supuesto agenciado. Esta tesis que es muy formal en apariencia (recordemos que subyace un deseo), sería combatida al interior de la Corte. En fallo del 31 de octubre de 1995, el magistrado JAVIER TAMAYO aclara su voto afirmando que si en la realidad se presentan una serie de presupuestos tales como la transferencia de dominio de los bienes, pero a la vez se pacta que el agente explotará y promocionará su producto con una relativa independencia, sí podrían presentarse de manera coetánea un contrato de suministro y uno de agencia. Es decir, atendiendo a la realidad económica, el derecho no puede desconocer nuevos contextos y debe adaptarse a éstos. Similar postura ha tenido el magistrado JAIME ARRUBLA, quien diría²² que ante el criterio formal que impera en la Corte, él contraponía un criterio material donde se reconozca la realidad y se acepte la posible coexistencia de una compraventa o un suministro con la agencia comercial. En otras palabras, no se puede excluir la agencia comercial *a priori*, sólo por la existencia de un contrato donde se traslade la propiedad de los bienes.

Por otra parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema también ha utilizado argumentos que podrían ser clasificados como “antiformalistas”, concretamente en la sentencia del 26 de noviembre de 2003 (MP ANÍBAL GÓMEZ, rad. 19912), donde se estudiaba la posible existencia del delito de prevaricato por omisión. En esta providencia luego de haberse verificado que el aspecto objetivo de la conducta se había producido, (retardo en la función del juez al no cumplir los términos para fallar establecidos en el Código de Procedimiento Civil), se analiza el aspecto subjetivo de la misma, es decir, si el juez se retardó en decidir de manera dolosa. No obstante, antes de iniciar un examen clásico del dolo (voluntad y conocimiento del agente), se dijo que la Sala no podía desconocer “la desafortunada realidad que agobia a la mayoría de los despachos judiciales en el país”, dada la gran cantidad de procesos y expedientes que conocen los jueces de la república, lo que hace muchas veces casi imposible físicamente cumplir los términos procesales. Es así como la Corte Suprema antes de evaluar si el juez tenía la voluntad de retardarse y si además conocía que su conducta podría ser un delito, prefirió primero tener en cuenta la realidad judicial y además indicó que al momento de evaluar la

21 Sentencia del 2 de diciembre de 1980. MP GERMÁN GIRALDO.

22 Conferencia dada en evento de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Colegio de Abogados Comercialistas, en agosto de 2005. Citada por CUBEROS, FELIPE, “Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis” en *Revista de Derecho Privado*, n° 35 Universidad de los Andes, noviembre 2005.

responsabilidad penal, es indispensable tener en cuenta las circunstancias particulares del caso bajo estudio:

“es necesario examinar si el juez estuvo o no en condiciones de cumplir dentro del término legal la obligación de decidir...”.

Si los argumentos de la Corte se hubiesen restringido a un estudio meramente formal, el juez habría incumplido los términos del Código de Procedimiento Civil, sin importar “la desafortunada realidad” de la justicia colombiana y muy probablemente se habría configurado el aspecto subjetivo de la conducta: el juez conoce los términos para decidir y voluntariamente los habría desconocido ante la imposibilidad de fallar, en otras palabras, se habría dado el viejo latinajo *dura lex sed lex*. De este modo, el propósito político o el deseo de la Corte (la sentencia a la que quería llegar), fue proteger a los jueces de la república de un posible precedente que podría afectar a muchos, si se da el prevaricato por omisión sin tener en cuenta la congestión judicial del país. Para lograr el anterior objetivo, no era conveniente utilizar un argumento “formalista” y por esta razón recurre a uno “antiformalista”²³.

De las anteriores situaciones se pueden extraer varios elementos:

- i. El juez, sea en un sistema de derecho continental o anglosajón, goza de gran discrecionalidad al tratar de adecuar el campo jurídico, social y económico a la sentencia a la que él desea llegar.
- ii. En el proceso de darle forma a su razonamiento para sustentar la decisión, los argumentos pueden adquirir cierto ropaje formalista (el salvamento de voto de la sentencia C-543 por ejemplo) o antiformalista (el realismo mostrado por TAMAYO y por ARRUBLA en la Corte Suprema de Justicia), pero no por eso, se debe “etiquetar” a los jueces con su pertenencia a ciertas escuelas, cuando lo cierto es que el deseo inconsciente del juez, se cristaliza en una sentencia con argumentos bastante racionales, pero a los que subyace preferencias políticas, económicas y morales entre otras, que determinan la actuación del juez.
- iii. De esta estructuración de nuestros jueces lo único que se obtiene es evitar que creen e innoven al momento de elaborar la sentencia, porque de lo contrario fallarán de una u otra forma exclusivamente por el hecho de pertenecer a una

23 BUSTAMANTE, TOMÁS, en “La interpretación constitucional” en revista *Vniversitas Estudiantes* de la Pontificia Universidad Javeriana, n° 3 (junio de 2006), pág. 149 afirma que “el antiformalismo le concede más importancia a los hechos, los cuales deben prevalecer sobre la norma haciendo que ésta se adapte a los mismos”.

u otra escuela, es decir el antiformalismo y el formalismo se convierten en límites infranqueables.

5. LA DOCTRINA

Usualmente se han identificado ciertos tratadistas con una de las dos teorías jurídicas dominantes en Colombia. No obstante y como lo reseña el profesor LÓPEZ en su obra *Teoría impura*, los trasplantes teóricos de ambientes hermenéuticamente ricos a unos contextos pobres, lleva a una lectura *substandar* (*misreading*) que puede ser creación jurídica en esos países receptores.

El ejemplo que el Dr. LÓPEZ expone es que H.L.A HART en Estados Unidos era considerado como formalista (al hablar de reglas) para hacer frente a los postulados realistas de los juristas norteamericanos. Pero aquí en Colombia es utilizado como herramienta del nuevo derecho. Es así como creemos que autores aparentemente formalistas o antiformalistas pueden ser leídos e interpretados, de acuerdo a la sentencia con la que se quiere llegar.

Por ejemplo, hay una serie de conceptos centrales en autores —que han sido considerados como antiformalistas— que pretenden dar la verdad en el derecho, esto es, la última palabra²⁴, lo cual es bastante “formalista”:

- HART y la regla de reconocimiento que es la única que permite decir qué es derecho y qué no lo es. La regla de reconocimiento entonces no se limita a identificar la validez del derecho, *es el derecho*.
- DWORKIN, sus principios y las respuestas correctas limitan y uniforman la realidad a una sola verdad.
- Kelsen y su *grundnorm*, como presupuesto de todo sistema jurídico²⁵.

Y autores aparentemente formalistas como SCHMITT, no lo son tanto: la “decisión política” puede derrumbar una serie de reglas y “formalismos” que habían detenido

24 En este punto seguimos muy de cerca a GUARDIOLA, ÓSCAR, “*Famous Last Words: Constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho*” en *Justicia constitucional*, Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, pág. 171.

25 La transmutación de la que habla LÓPEZ, en *Teoría impura* ha permitido que Kelsen sea leído desde diversas orillas y pueda ser acomodado al deseo del operador jurídico: la recepción hecha en los años cuarenta es muy diferente a la que ha hecho la Corte Constitucional, por ejemplo.

la actuación del gobernante. Consideramos que la Corte Constitucional se vale de SCHMITT (así sea implícitamente)²⁶, cuando toma una decisión política excluyendo la aplicación de una serie de reglas: los casos en los que se inaplica el POS (una regla) frente a principios superiores como la vida por ejemplo, permiten ver que la “decisión” en la Corte tiene protagonismo.

Por otro lado, se dice que el precedente puede ser una fuente antiformalista por su adecuación a las circunstancias concretas que rodean los casos, contrario a lo que sucede con la rigidez de la ley propia del formalismo. No obstante, el profesor LÓPEZ expresa que,

“La polifonía que produce la complejidad de la vida social y jurídica contemporánea sería inatajable sin estos esfuerzos de racionalización del derecho...”²⁷

que se hicieron en el siglo XIX a través de los códigos y que esta misma técnica puede también ser aplicable a la jurisprudencia, pero que en la mayoría de ocasiones se realiza una línea jurisprudencial por parte de los profesores y jueces, más que por el Congreso. El peligro de las líneas jurisprudenciales y de la posible codificación jurisprudencial, es que puede llevar al estatismo y probable predicción de todos los futuros casos (cuestiones que se le achaca usualmente a las codificaciones). Como lo expone el profesor JORGE GONZÁLEZ²⁸ la reconfiguración de la *ratio decidendi* (como sucede en la sentencia SU-047 de 1999) para escapar de precedentes y *ratios* anteriores, es un trabajo muy difícil por parte del juez y puede llevar a su pérdida de legitimidad. Es decir, dependiendo de la sentencia a la que se quiere llegar por parte del juez, se hace un estrechamiento de la *ratio* atendiendo a elementos fácticos cada vez más específicos, que muy probablemente van a arrojar como resultado subreglas muy especiales que dificultarán al juez apartarse de éstas (aún más que de los códigos), haciendo muy estricta su aplicación y siendo esta una de las principales características del derecho tradicional:

“Se prefieren, entonces, reglas concretas que regulen los temas por sobre los principios generales, dado que ellos, precisamente por su generalidad, son susceptibles de manipulación y acomodación”²⁹.

26 Citar al constitucionalista de cabecera del III *Reich* es una decisión arriesgada para cualquier Corte contemporánea.

27 LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2006, pág. 140.

28 GONZÁLEZ, JORGE, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional”, en revista *Vniversitas*, n° 110, julio-diciembre de 2005, Pontificia Universidad Javeriana.

29 LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*, pág. 323.

Se restringiría demasiado la discrecionalidad del juez (y por tanto la sentencia a la que quiere llegar), por tratarse de precedentes, *ratios* y líneas jurisprudenciales muy específicas y racionalizadas a la manera de los códigos y en el evento en el que el juez se aparte de éstas, la legitimidad de su decisión sería muy relativa (se reprime la intención del juez, ya que se canaliza con el precedente).

Por su parte, el profesor ARTURO VALENCIA ZEA es considerado por muchos como exponente del clasicismo jurídico nacional y puede que tenga algunos elementos que lo identifiquen con esta “escuela”. No obstante, en su derecho civil —y creemos pertinente citarlo por la claridad de sus palabras— diría que,

“lo que en Colombia se llama Código Civil, ha dejado de ser código en el sentido exacto de la palabra, pues una codificación pretende reducir a unidad orgánica las normas jurídicas de determinada especialidad; y esa unidad orgánica se encuentra rota. Nuestro actual derecho civil es disperso, pues para estudiarlo correctamente debemos tener en cuenta las partes aún vivas del código, las que han sido interpretadas por la jurisprudencia en un sentido contrario o diferente del sentido literal de las palabras y las leyes que lo adicionan o modifican”³⁰.

Además, al referirse a la jurisprudencia como fuente de derecho, dice que por ejemplo, las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia

“suelen adquirir fuerza obligatoria, semejante a la de la ley... De ahí que al lado del derecho que contienen las leyes exista el derecho jurisprudencial...”³¹.

Por último y atendiendo a un criterio muy realista indica que en la década de los años treinta del siglo XX, el Código Civil había quedado rezagado frente al “nuevo estado económico y cultural” que tenía Colombia y para esto la jurisprudencia de la Corte de Oro fue pieza central para corregir figuras anticuadas del código que no habían podido ser modificadas por el legislador —crear derecho en nuestro sentir— y tan es así que el capítulo III del título II de su obra, se denomina “Legislación y jurisprudencia que modifican el código” y explica que esos avances jurisprudenciales adaptan el código a las exigencias de la realidad y se hace una “reelaboración del pensamiento literal de los textos legales...”, “mediante la corrección y ampliación del sentido originario de muchos textos legales...”. Luego realiza un recuento de figuras como la del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión y el enriquecimiento sin causa entre otros.

30 VALENCIA, ARTURO, *Derecho civil. Parte general y personas*, Temis, 15ª edición, Bogotá, 2002, págs. 61 y 62.

31 VALENCIA, ARTURO, *op. cit.*, pág. 108.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos indicado, circunscribir el pensamiento jurídico nacional a dos escuelas es reducir bastante el panorama jurídico y teórico y además, limita la creación de los jueces. No obstante, es preciso anotar que no puede de forma alguna identificarse la labor de la Corte Constitucional con la de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que si bien no puede etiquetárseles con escuelas, la labor de la primera muestra una sensibilidad jurídica diferente a la que puede presentar la Corte Suprema de Justicia y para nosotros es la necesidad de reivindicación de ciertos derechos que antes no tenían protección judicial alguna o si la tenían, los mecanismos no eran eficaces o suficientes. En otras palabras, lo que se quiere decir es que la Corte Constitucional, con el propósito político que tiene, utiliza tanto herramientas “formalistas” como “antiformalistas” para lograr su cometido, por lo cual clasificar a los jueces dentro de una u otra institución resulta problemático. Igual situación puede predicarse también de la Corte Suprema de Justicia, con un propósito político también, pero distinto al de la Corte Constitucional —por ejemplo con el debate sobre procedencia de tutela contra providencias judiciales—, donde para argumentar su posición, puede dar la apariencia de que se es formalista o antiformalista, pero lo que se da es una fachada de argumentaciones más clásicas o más modernas (nuevo derecho).

Tan confusa es la mencionada clasificación, que el profesor DIEGO LÓPEZ en un artículo titulado “Nuevas reflexiones sobre la interpretación constitucional y el nuevo derecho”³², afirmaba que el ex magistrado JAVIER TAMAYO, con quien tenía una discusión por el tema de la interpretación jurídica y las teorías jurídicas que subyacen a ésta, era un representante del nuevo derecho, aunque posteriormente, comienza una discusión por desentrañar el significado del “formalismo” y del “antiformalismo” que aún hoy no ha concluido³³ y por tanto no se ha dilucidado qué debe entenderse por una u otra escuela.

Asimismo, creemos que los estudios críticos del derecho encabezados por KENNEDY, siguen siendo un virus dentro de las teorías dominantes si tenemos en cuenta la resistencia de la doctrina jurídica nacional de aceptar a los estudios críticos del derecho como posición teórica válida³⁴.

32 *Ámbito Jurídico*, Bogotá, 23 de marzo al 5 de junio de 2005, pág. 14A.

33 El profesor TAMAYO, respondería recientemente en un artículo denominado “El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho”, en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* de la Pontificia Universidad Bolivariana, vol. 36, julio-diciembre de 2006, donde el lector encontrará que delimitar las escuelas del antiformalismo y el formalismo, no es tarea fácil puesto que la realidad judicial, puede superar estas discusiones.

34 CÉSAR RODRÍGUEZ afirma en la introducción a KENNEDY op. Cit. que a diferencia de otros teóricos anglosajones como Hart o Dworkin, la comunidad jurídica nacional no ha aceptado, ni aplicado tan activamente los postulados de los Estudios Críticos del Derecho.

Hay que esclarecer una cosa, nosotros como hacedores de este holograma social deseamos obtener las máximas ganancias, por esta razón, en nuestra órbita cuando hay intenciones de cambiar el eje central de la sociedad desistimos en el intento pues no deseamos estar fuera del querer de los elementos que la componen porque terminamos siendo cooptados por escuelas y pensamientos que pueden ir en contra de nuestra concepción de lo que es la justicia.

¿Cómo será la concepción del derecho en el futuro? Fácilmente si seguimos por el mismo camino sólo se cambiarán los nombres de las teorías, el nombre del autor y por qué no decirlo, mantendremos la misma inclinación a no dejar fluir, lo que deseamos es que todos llegemos “a la sentencia a la que queremos”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA, AQUILES, “Expresiones en uso. Entre la vida del derecho, el significado y la responsabilidad fiscal”, en *Republicanismo I*, Legis, Bogotá, 2001.
- BUSTAMANTE, TOMÁS, “La interpretación constitucional”, en revista *Vniversitas Estudiantes*, Pontificia Universidad Javeriana, n° 3, junio de 2006.
- CUBEROS, FELIPE, “Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis”, en *Revista de Derecho Privado*, n° 35, Universidad de los Andes, noviembre, 2005.
- GONZÁLEZ, JORGE, *et. al.*, *El test de razonabilidad: pasos hacia la interpretación “antitextualista”*, inédito.
- GONZÁLEZ, JORGE, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional”, en revista *Vniversitas*, n° 110, Pontificia Universidad Javeriana, julio-diciembre de 2005.
- _____ *Grandes biografías*, Casa Editorial *El Tiempo*, Bogotá, 2005.
- GUARDIOLA, ÓSCAR, “*Famous Last Words*: constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho”, en *Justicia constitucional*, Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.
- KENNEDY, DUNCAN, “Forma y sustancia en la adjudicación en el derecho privado”, en *Sociología jurídica, teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, MAURICIO VILLEGAS, editor, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, 2001.
- KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.
- LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2006.

- LÓPEZ, DIEGO, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2004.
- QUINCHE, MANUEL, “Seguridad jurídica y volatilidad constitucional en un Estado complejo”, en *Justicia constitucional*, Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.
- Grandes biografías*, Casa Editorial *El Tiempo*, Bogotá, 2005.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de la Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1996.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, Estudio preliminar de *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005.
- TAMAYO, JAVIER, “El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* de la Pontificia Universidad Bolivariana, vol. 36, julio-diciembre de 2006.
- VALENCIA, ARTURO, *Derecho civil. Parte general y personas*, Temis, 15ª edición, Bogotá, 2002.

