
El rol del juez en el Estado constitucional

Wilson Yesid Suárez Manrique

Abogado por la Universidad Santo Tomás Bucaramanga, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho Universidad Industrial de Santander. Coordinador Especialización en Derecho Constitucional Universidad Santo Tomás Bucaramanga, Colombia. Correo electrónico: wilsonyesidsuarez@gmail.com

Resumen

El presente artículo parte de la insatisfacción de los modelos clásicos mediante los cuales se ha querido representar la función judicial para el actual constitucionalismo y delinea los rasgos principales del rol del juez en el Estado constitucional. Para ello utiliza dos estrategias generales: presenta el modelo actual del juez en el Estado constitucional como una síntesis de los modelos preexistentes y prescribe las virtudes generales que se considera han de gobernar la labor del “buen juez” en los constitucionalismos actuales.

Palabras clave: Juez, constitucionalismo, fuentes, métodos, resultados, virtudes.

Abstract

This article starts with the dissatisfaction of the classical models by which we have tried to represent the judicial function for the current constitutionalism and want to sketch the main features of the role of the judge in the constitutional state. It uses two general strategies: Presents the current model of the judge in the constitutional state as a synthesis of existing models, and prescribes the general virtues of government is considered to have been the work of “good judge” in the current constitutionalisms.

Keywords: Judge, Constitutionalism, Sources, Methods, Results, Virtues

Résumé

Cet article commence par l'insatisfaction des modèles classiques par lesquelles nous avons essayé de représenter la fonction judiciaire pour le constitutionnalisme en cours et qui veulent décrire les principales caractéristiques du rôle du juge dans l'état constitutionnel. Il utilise deux stratégies générales : affiche le modèle actuel du juge dans l'Etat de droit comme une synthèse des modèles existants et prescrit les vertus générales qui sont considérés comme régiront le travail de la « bon juge » dans constitutionalisms actuelles .

Mots-clés: Juge, Le Constitutionnalisme, Sources, Méthodes, Résultats, Vertus.

El rol del juez en el Estado constitucional*

Wilson Yesid Suárez Manrique

PROEMIO

Con la entrada en vigencia de nuevos paradigmas jurídicos se ha hecho necesario repensar la labor del juez en el Estado constitucional. Las características del nuevo constitucionalismo imponen al juez especiales funciones que en cierta forma contrastan con las clásicas formas en las que se ha entendido la tarea judicial¹. El objetivo del presente artículo es el de tratar de reconstruir el rol del juez en el Estado constitucional. Para efectuar esta reconstrucción se utilizan especialmente dos estrategias, las funciones y virtudes, a través de las cuales se pretende bosquejar los rasgos característicos de lo que en el escrito se llama *un juez prudente*.

Para desarrollar la anterior idea, se divide el escrito en tres secciones. En la primera parte se describen los modelos clásicos del juez en el Estado premoderno, el Estado de Derecho y en el Estado de Bienestar. En la segunda sección, se trata de reconstruir cuáles son las principales características del juez en el Estado constitucional. En la tercera parte, a manera de conclusión, y de forma prescriptiva, se establecen las virtudes del juez en la posmodernidad.

* El artículo se deriva del proyecto de investigación: “Intuicionismo en la Decisión Judicial”. –Convocatoria Interna. Grupo de Investigación Neoconstitucionalismo y Derecho, Línea Neoconstitucionalismo y Convivencia Pacífica. Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga.

1 La necesidad de repensar la labor del juez se ha visto como un debate fecundo desde mediados del siglo XX, por ejemplo, Carl Schmitt acusó a la Corte Constitucional de establecer en entredicho el dogma de la división de poderes y hacer de la política un asunto de justicia. En el caso control de constitucionalidad no se trata de subsumir hechos sino de comparar normas. De establecer si son compatibles a efectos de declarar la validez o la invalidez. Los cuestionamientos que pueden efectuársele a esta actividad son más notables si se tiene en cuenta que, respecto de lo que dice la Constitución se presentan serias dudas. Es difícil poder establecer si existe contrariedad especialmente por las dudas de la premisa mayor. Las diferencias se resuelven la mayoría de las veces por vía de autoridad, no se debe la decisión a una argumentación deslumbrante que presente los mejores argumentos sino a una decisión por una autoritaria eliminación de la duda (Schmitt, 1983).

MODELOS CLÁSICOS

Tratar de describir los modelos clásicos del juez requiere partir de dos aclaraciones previas. Primera: existe una pluralidad de jueces dentro de una determinación espacio-temporal que difícilmente puede establecer un modelo global que los represente. Por tanto, los modelos expuestos están diseñados en un amplio margen de abstracción. Segundo: pese a lo anterior, los modelos son útiles por cuanto representan una clara tendencia general de los roles de los jueces dentro de los ordenamientos jurídicos que pueden adscribirse a dichos modelos.

Por lo anterior, en este acápite se desea signar tres modelos de jueces generales, los cuales muestren los rasgos básicos de la concepción de derecho y de estado en la que se encuentran inmersos. Así, pues, se caracterizan a los jueces de los estados: premoderno, liberal y de bienestar. La caracterización de estas figuras alude, especialmente, a las fuentes, función y resultados².

El juez discrecional

En la época premoderna, antes de la entrada en vigencia del Estado de derecho, existía un juez con amplios poderes de decisión que no ostentaba parámetros de racionalidad claros. Ello se debía principalmente a tres razones. La primera refiere al pluralismo en las fuentes del derecho³. No podía pensarse que existiera un sistema jurídico más o menos organizado; pues, se daba un caos en las fuentes del derecho, coexistían múltiples ordenamientos jurídicos (Berman, 2001, p. 20); complejizaban la tarea judicial reglamentaciones de diversos orígenes, la costumbre, el poder central, los gremios, el clero, las ciudades. La segunda, la labor del juez era una actividad especialmente política en la que no existían unos requerimientos especiales para asirse. No existía un especial oficio del juez que estableciera presupuestos y competencias para desarrollar tal función, la racionalización burocrática no podía vislumbrarse ni siquiera en nociones primigenias⁴. La tercera, difícilmente existía una forma de control de las decisiones judiciales. Tampoco se tenía clara la concepción de jerarquía de los tribunales (Berman, 2001), la noción de apelación de providencias no era un mecanismo muy común o conocido.

El juez conservador

Con posterioridad a la entrada en vigencia del Estado de derecho, las características del juez variaron de forma significativa. Se trató en lo posible de enfrentarse a

2 En algunos aspectos se complementa con la ideología y la forma de control.

3 Según Ripert (1993): "Antes de la Revolución existía en Francia una gran cantidad de legislaciones locales que, a pesar de un cierto aire de familia diferían en muchos puntos, y a veces en puntos muy graves" (p. 56). Según Bonecasse (1997) "Se daba una coexistencia de cuatro sistemas jurídicos distintos: la costumbre, el derecho romano, la legislación de las ordenanzas reales y el derecho canónico" (p. 54).

4 Sobre la racionalización burocrática en la administración (López, 2007, pp. 34-45).

la discrecionalidad judicial. Para ello, se utilizaron tres estrategias generales: el establecimiento de límites en las fuentes, métodos y función.

El Código Napoleónico⁵ fue una estrategia muy interesante para efectos de solucionar y racionalizar el problema de fuentes que existía. Se redujo el derecho a la ley. Después de varios intentos, se condensaron las disposiciones existentes a un único código en el cual pudiera cumplirse los requisitos de claridad, coherencia, consistencia, simplicidad y manejabilidad. El limitar el material justificativo de la decisión ayudó a simplificar las alternativas de trabajo para el juez, pues no podía acudir a cualquier laya de reglamentaciones para justificar decisiones discrecionales.

El culto al Código conllevó una camisa fuerte para el juez. A la cual habría que sumarle que las normas jurídicas que se derivaran de las disposiciones legislativas tendrían que justificarse especialmente mediante la deducción literaria (López, 2008). El método literalista como principal asidero del juez apareció en escena como estrategia limitativa. Esto permitía ostentar un control más claro de las decisiones que tomaba.

Por tal motivo, la principal función del juez era declarativa del derecho existente, en contraste con una función constructiva o constitutiva. El juez era, bajo la perspectiva de Montesquieu, la boca de la ley. Se quería rehuir al mito del juez como creador del derecho como estrategia para desligarse del pasado angustiante⁶.

El juez progresista

Los problemas acarreados por el rigorismo del Estado de derecho dieron nacimiento al Estado de bienestar. Bajo esta óptica se trataron de buscar herramientas

5 La existencia de intentos de codificación, anteriores al Código, permite mostrar cómo la pretensión de positividad y sistematicidad ha sido una idea recurrente en el pensamiento jurídico, desde, especialmente, la edad media. Se habían dado importantes antecedentes que permitieron preparar el terreno para el Código Napoleónico. Pueden dividirse dichos intentos en tres periodos: antes de la revolución, durante la revolución y el iniciado con el Código de 1804. El primero inició en 1560, en los estados de Orleans. Este intento tuvo su origen en las peticiones del tercer estado, que deseaba buscar mínimas garantías para la resolución de los litigios. El tercer estado deseaba que se hiciese “la recopilación de todo aquello que debía ser guardado y observado entre los sujetos de ahora en adelante”. Este deseo era compartido por la nobleza. “La misma demanda se hizo en 1576, por los estados de Blois. Los estados de 1614, los últimos que se **reunieron antes de la revolución, renovaron este deseo por tercera vez, siempre en vano**”. El segundo periodo inicia con la Revolución Francesa. La obra legislativa de la revolución, que es considerable, forma una transición entre el derecho antiguo y el moderno, se designa con el nombre de Derecho Intermedio o Período Intermedio. Se pueden dar límites a este periodo: comienza el 17 de junio de 1789, día en que los estados generales se transformaron en Asamblea Nacional y se atribuyeron el poder soberano. Terminó el 21 de marzo de 1804, día de la promulgación del Código Civil. Para el derecho privado la Asamblea Constituyente soñó con codificar las leyes de Francia y decidió, el 5 de octubre de 1790, que las leyes civiles serían revisadas y reformadas, como también que se haría un código general, común a todo el reino, de leyes simples, claras, apropiadas a la Constitución. **Esta legislación generalmente es muy poco conocida, alternativamente admirada o denigrada, ciegamente. Fue estudiada en conjunto por Sagnac (1898) y por Esmein (1908)** (Ripert y Boulanger, 1993, p. 67).

6 Las ventajas de esta forma de toma de decisiones son que presenta menos costos para la resolución, es más rápida, muestra mayor seguridad, es más estable, es más margen de error. Como desventajas, puede verse que es menos contextualita, que no puede responder fácilmente a todos los retos, que la ley no siempre encuentra solución a los casos.

jurídicas para aplacar los problemas de desigualdades sociales y acuñar más el derecho a problemas prácticos, mediante los cuales bajar el excesivo abstraccionismo de la ley y los problemas a que ello conlleva.

Como contraste del juez conservador está el juez progresista. El juez que resuelve los conflictos desde perspectivas diferentes a la ley. Bajo esta concepción el principal factor que define el derecho no es la ley sino la decisión judicial, la obra del legislador trata de ser remplazada mediante la obra del juez. Se pasa del derecho como norma al derecho como hecho⁷.

El cambio en lo que es considerado como disposiciones jurídicas implica necesariamente un cambio en la forma de interpretar. En esta clase de entendimientos se pasa de una interpretación literalista a una contextualista. El originalísimo, el finalismo, la noción de coherencia, las consecuencias, la realidad social son los principales elementos que definen la interpretación de esta clase de jueces.

Luego se pasa de un juez declarativo del derecho a uno constitutivo del mismo. El juez boca de la ley sede el paso al juez creador del derecho, quien trata de construir la decisión judicial a partir de los materiales autoritativos previamente dados. El juez conservador se convierte en el juez progresista. Un funcionario que busca formas alternas y novedosas de solucionar conflictos, que no se encuentra apegado a las declaraciones puntuales de la ley.

EL JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El rol del juez en el Estado constitucional cambia respecto de los modelos anteriores. El cambio se vislumbra en el hecho que no solo sintetiza algunas de las funciones de sus predecesores sino que incluye nuevas variables.

Como se mencionó, el papel del juez está condicionado a cómo se entienda el paradigma del derecho y su función en el ordenamiento jurídico. Puede decirse, *prima facie*, que la ontología condiciona la metodología; por ontología se entiende la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? Y por metodología la respuesta a ¿cómo

7 Esta forma de entender el derecho y la tarea del juez, junto con las implicaciones del método de Austin en Harvard y Yale se pueden concebir como el prólogo del realismo jurídico dado en el sistema anglosajón, y, posteriormente del realismo jurídico escandinavo. La puerta de entrada del realismo jurídico en Norte América fue visitada por John Dewey, William James, Oliver Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, quienes consideraban al derecho como una realidad viviente. El derecho, según Llewellyn, es de creación judicial y está en constante movimiento (el cual es más lento que el cambio social); ha sido establecido como una forma de alcanzar ciertos fines sociales; en estas concepciones se elimina la diferenciación entre el ser y el deber ser; y, existe, desconfianza hacia “las reglas y conceptos jurídicos tradicionales” (Llewellyn, 1931). Jhon Austin (Domingo, 2004, p. 36) intentó construir una ciencia a “modo de sistema racional de conceptos jurídicos deducidos de la realidad jurídica, tanto de los derechos positivos como de la moralidad positiva y de las costumbres”. Austin quiso sistematizar la jurisprudencia, de conformidad con los postulados generales de la lógica, donde se hacían importantes los elementos primitivos y las reglas de transformación; prestando, en todo caso, especial valor al análisis de los casos particulares. En Harvard y Yale se impuso, de este modo, un método de estudio del derecho basado en el análisis del proceso judicial concreto. Esta forma de estudio con Blacklstone se convirtió, posteriormente, en el método de casos (Domingo, 2004, p. 36).

se aplica el derecho? (Vigo, 2003). No obstante, podría pensarse que la relación no es tan simple, que en ocasiones la metodología puede influir en la forma de entender el derecho; sin embargo, aclarar tal relación no es el objeto del presente escrito (Suarez, 2010).

Lo anterior pone de manifiesto que antes de entrar a abordar la función del juez se hace necesario delimitar los rasgos básicos del nuevo paradigma del derecho.

El nuevo constitucionalismo

Existe actualmente abundante doctrina sobre las características del nuevo modelo constitucional del derecho (Alexy, 2002; Bernal, 2007; Carbonell, 2010; Sachica, 2000; Pozzolo, 1998, pp. 339-353; Santos, 1998). Para lo que importa en el presente escrito se describirán sumariamente los siete rasgos más importantes: constitución rígida, máxima validez jerárquica, con contenido material y primacía de los derechos fundamentales, garantizada, judicialización del derecho, decaimiento del monopolio del espacio-tiempo estado y nuevas formas de litigio.

Una constitución rígida es, por lo general, una constitución escrita para cuya modificación se han establecido procedimientos más o menos rigurosos. Lo cual garantiza cierto grado de estabilidad y de permanencia. Por ello, se genera una mediana certidumbre de las normas directamente estatuidas y un conocimiento de lo dispuesto. La rigidez de la Constitución se complementa con su máxima validez jerárquica. Lo cual indica, de manera simple, que las demás disposiciones del ordenamiento jurídico derivan su validez de ella y están sometidas al respeto a los requisitos formales y sustanciales que disponga el texto fundamental. Por tanto, la materialización del derecho implica que las regulaciones jurídicas que integran el ordenamiento deben respeto sustancial a las disposiciones de la Carta; los principios jurídicos ostentan normatividad.

Estas disposiciones jurídicas de la Constitución, también se caracterizan por la indeterminación de su objeto. Lo cual es óbice para múltiples debates jurídicos, acerca de lo que las normas constitucionales permiten, ordenan o prohíben. Los problemas jurídicos que giran en torno a lo que dicen las normas constitucionales en la mayoría de las veces se resuelven por un criterio de autoridad: el de los tribunales o cortes constitucionales, como órganos encargados de esa labor.

Actualmente, los conflictos jurídicos más sobresalientes se generan entre la institución judicial que salvaguarda la constitución y el órgano legislativo. Se ha hablado de gobierno de los jueces: además del papel integrador y supletorio de las deficiencias en la aplicación de la ley, por las limitantes que se han establecido a los márgenes de acción del legislativo. La rama judicial ha invadido la órbita de decisión del legislativo de diversas formas: mediante la creación judicial de derecho y la invalidación de normas. Podríamos hablar de un desvanecimiento de los límites funcionales de los clásicos poderes.

Una de las causas de esta situación puede hallarse en lo que se denomina nuevas formas de litigio, por ejemplo, el caso de las acciones de amparo o tutela y de las

acciones que motivan el control de constitucionalidad, las cuales han tenido una importancia superlativa en estos tiempos⁸. En los debates que se han dado respecto a dichas acciones constitucionales se han tornado interesantes las nuevas formas de entender el sistema de fuentes. Las regulaciones trasnacionales (Santos, 1998) hacen su aparición para cobrar el olvido que les asistía. Las Cortes cuando protegen derechos fundamentales o controlan la constitucionalidad de la ley han tenido como elemento argumentativo las regulaciones trasnacionales. Convenios y tratados internacionales junto a regulaciones locales, muestran cómo el espacio-tiempo cambió y se ha vuelto más trasnacional y local⁹.

Tres posibles alternativas

Se considera importante revisar el nuevo rol del juez en el Estado constitucional, teniendo en cuenta la modificación ontológica del paradigma actual del derecho. Puede establecerse un modelo óptimo del rol del juez en el Estado constitucional por tres vías diferentes: idealizando la labor de un juez que haya existido, efectuando una síntesis de los modelos descritos, o la construcción puede ser confiada “a la elaboración intelectual pura, abstraída completamente de la realidad histórica, o incluso a la imaginación, a la visión poética que se complace en diseñar estados ideales que jamás existieron y nunca existirán” (Bobbio, 2008, p. 12). En los párrafos siguientes se describen estos modelos, iniciamos por el primero, luego se pasa al tercero, y por último, se refiere al segundo.

La idealización de un juez existente se da por ejemplo cuando se dice que todos los jueces deberían ser como Holmes. Se idealiza la figura de este juez y se cree que la forma como efectuaba su trabajo era la más óptima. Por lo tanto, se constituye en

8 En Colombia puede verse la importancia que las acciones populares han adquirido, grupo, cumplimiento, derecho de petición, habeas data.

9 Las características de este nuevo constitucionalismo han llevado a que uno de los principales puntos de debate en la teoría jurídica haya radicado primeramente en la legitimidad del juez constitucional para controlar las leyes. Por excelencia el órgano democrático ha sido como representante del pueblo, el legítimo para expedir las leyes. El conflicto general surge cuando esas leyes son invalidadas por una entidad judicial bajo el argumento de contradecir la Constitución. Las acciones de una entidad democrática se invalidan por un órgano que se entiende, en principio, como no democrático. Sobre este punto han corrido múltiples argumentos. No obstante, pasado un tiempo sin llegar a zanjar de manera teórica totalmente el debate, este cambió de rumbo. La historia mostró como rescatable el trabajo realizado por los tribunales y Cortes constitucionales, especialmente en aquellas democracias con altos índices de deslegitimación y corrupción del órgano democrático. El debate varió desde la legitimidad de la revisión judicial de las leyes a la justificación de las decisiones. La literatura jurídica se ha centrado en estos tiempos en la forma de la justificación o racionalidad de la toma de estas decisiones judiciales. El principal punto de debate se ha convertido en cómo pueden justificarse de la mejor forma las decisiones de las Cortes. Además de la justificación de las decisiones, se ha hecho importante la competencia o el alcance para la revisión judicial. En este sentido, por ejemplo, hay quienes alegan por un control procedimental de la ley y otros que prefieren un control sustantivo de este. Ely (2001) en su conocida obra manifiesta que la función principal ha de ser la del control procedimental de los presupuestos que conllevan a la producción de las leyes. Otro sector de la doctrina manifiesta la necesidad de efectuar un control sustantivo, tal sería el caso de Dworkin (1992).

una especie de modelo para seguir por los pertenecientes a ese género (Ost, 1993). Son dos los principales inconvenientes de esta alternativa. El primero, refiere a que la modificación del contexto y del paradigma del derecho conlleva la variación de la función juez; el segundo se constituye por cuanto las variantes personales impiden la generación adecuada de un tipo judicial.

La creación de un juez ideal mediante la abstracción idealizada y utópica de un modelo puede ejemplificarse en el Hércules de Dworkin (1992) o en el Hermes de Ost (1993). Se crea un modelo ideal que tiene capacidades sobrehumanas o eruditas para decidir de forma correcta las decisiones judiciales que ante él se presentan; o es capaz de responder a la noción lúdica del derecho, a su estructura en red, y dar respuesta a las tareas que le presenta el nuevo constitucionalismo. Los inconvenientes con estas clases de juez radican en que difícilmente se puede pensar que el juez pueda existir en la realidad, en que ese modelo idealizado pueda darse en la práctica, y en que no se tienen claros, a ciencia cierta, los métodos mediante los cuales esos jueces actúan¹⁰.

La forma de juez que se considera la más adecuada es el modelo que se produce por una síntesis de los modelos existentes. Esta formación tiene la virtud de adaptarse al contexto y basarse en posibilidades reales.

El modelo sintético

El modelo que acá se propone parte de las características del nuevo constitucionalismo y de los modelos existentes. Es decir, se configura como una síntesis de los modelos que han existido y de la forma como se entiende actualmente el derecho.

Uno de los errores en que puede caer el trabajo que se plantea es el de entender que en un estado solo existe una clase de juez y que todos los litigios puestos ante él son de la misma categoría y características. En un Estado constitucional no solo hay juez de control de constitucionalidad o de protección directa de derechos fundamentales, este es el error más común de las elucubraciones que han pretendido explicar el fenómeno. Tal vez esa afirmación sea muy fuerte, deba matizarse: la reflexión del rol del juez se ha acentuado en las funciones constitucionales del juez dejando la reflexión de las legales de lado. Una concepción óptima del modelo de juez parte de la existencia de diferentes actividades y asuntos en los que puede verse involucrado, lo que determina la principal finalidad del juez.

De forma general, se proponen tres eventos en los cuales el juez debe actuar y de estos se deriva el modelo de juez. El rol es diferente cuando protege derechos fundamentales, actúa en control de constitucionalidad de las leyes o estima conflictos legales. Pensar que el papel del juez es igual en los tres eventos constituye una equivocación que en poco ayuda al crecimiento y perfeccionamiento de la labor judicial. Por lo tanto, se estima que un modelo simple que no parta de la diferente

10 Por ejemplo, la excepción de cognitivismo epistemológico (Arango, 1999).

naturaleza de los asuntos que son puestos en litigio judicial, no contribuye a una explicación de la labor judicial.

Un buen juez es aquel que cumple con su función dependiendo del escenario en el cual se encuentre, es garantista y respetuoso. En materia de protección de derechos fundamentales es un juez garantista en el sentido de que está atento a proteger las amenazas o violaciones que contra estos se cometan. Es un juez que puede construir normas adscritas de derechos fundamentales de diversas fuentes¹¹. Cuenta en su cajón con la constitución, los tratados internacionales, convenios, declaraciones, protocolos y hasta la naturaleza humana para tratar de proteger la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales y especificación de su normatividad. Se asemeja, desde la perspectiva de la pluralidad de fuentes en que puede basarse, al juez discrecional del estado premoderno.

En cambio, se parece al juez progresista en la forma de interpretar. Le es importante la interpretación contextual a efectos de reconstruir derechos fundamentales directamente estatuidos y derechos fundamentales adscritos, para ser aplicados a casos concretos. Además que se hace necesaria esta interpretación como forma de precisar los postulados constitucionales. No se limita, pues, al texto de la Constitución, el cual puede caracterizarse por su indeterminación normativa (semántica, sintáctica, estructural, redundante y pragmática) (Bernal, 2003). El ramillete de las fuentes le permite construir diferentes posibilidades de protección. Así pues, en cuanto a las fuentes se parece al juez premoderno, en cuanto al método al progresista y respecto a los resultados al conservador. Los resultados no son constitutivos si no declarativos. El juez no crea derechos fundamentales, ellos son inherentes a la persona, lo que hace es declarar en sentencia su existencia y velar por su protección.

Por su parte, en el control de constitucionalidad de las leyes es un juez moderado. Pese a que tiene que velar por la protección de las garantías constitucionales respeta los márgenes de acción del legislador. La Constitución debe regular solamente los aspectos importantes de la vida jurídica, pero al mismo tiempo debe dejar ciertos márgenes de acción al legislador (Alexy, 2008). Principalmente, estos márgenes de acción pueden ser epistémicos o estructurales¹². El juez entiende que el órgano democrático, en los constitucionalismos democráticos, es el legitimado para producir disposiciones jurídicas, por lo cual solo puede invalidar su labor cuando se afrente de manera directa la máxima validez jerárquica de la Constitución.

11 Sobre las normas adscritas (Bernal, 2003).

12 Los márgenes de acción epistémicos refieren a la capacidad cognitiva para reconocer lo que la Constitución permite, ordena o prohíbe. “Si se quiere afinar el planteamiento, puede decirse que el margen de acción epistémico deriva de los límites de la capacidad para reconocer los límites de la Constitución”. Estos márgenes pueden ser normativos o empíricos. Por su parte, según los márgenes de acción estructurales el legislador es libre de obrar en aquellos casos en los cuales la Constitución no ha ordenado ni prohibido nada o en desarrollo de estas concepciones. Estos márgenes de acción pueden ser de tres clases: fijación de fines, fijación de medios y ponderación (Alexy, 2008).

La intervención ha de ser mínima y situada en aspectos centrales. No en el sentido de Ely¹³ o de Habermas¹⁴ de solo limitarse a la vigilancia del procedimiento para la producción de leyes, sino que también ha de tener en cuenta el contenido sustancial de la Constitución pero no en un sentido expansivo sino reducido. En la elaboración de la premisa mayor para la comparación de normas ha de ser de contenido reduccionista. El juez solo puede actuar en aquellos asuntos en los que encuentre una grave o evidente contraposición entre los postulados constitucionales y la ley. En este sentido, se parece al modelo del juez conservador en cuanto a las fuentes. Especialmente, por lo reducido del material de trabajo, aunque con ello no solo se dice que deba velar por el control de constitucionalidad sino también por el de la convencionalidad, siempre y cuando sea efectuado de forma restringida¹⁵.

En cuanto al método de interpretación, también se parece al juez conservador en su finalidad pero tiene que echar mano, por necesidad, a la forma de interpretación contextualista del juez progresista. Pues, en lo posible ha de derivar de la Constitución solo aquello que digan de forma específica sus enunciados. Puede llamarse a esta concepción una visión positiva de la Constitución (Bernal, 2007). Puede decirse que la interpretación literalista es predominante en este asunto. No obstante, es innegable que al ostentar los postulados constitucionales un alto grado de indeterminación, se hace necesario acudir al origen, el sistema o la finalidad de las disposiciones constitucionales, a efectos de poder dotarlas de sentido (López, 2006). Luego la interpretación literal y contextual se funde en un manejo prioritario de alternativas que tiene como condición de aplicación la indeterminación de los postulados de la Carta¹⁶.

Esta clase de función del juez se asemeja a la del juez premoderno, especialmente en la falta de control de las decisiones que se toman. Pues, en materia de control de constitucionalidad de las leyes, en principio, la última decisión la toma el órgano

13 Según este autor el control de constitucionalidad de las leyes se ha de limitar solamente al control de los procedimientos democráticos (Ely, 2007).

14 Habermas diferencia la interpretación de los derechos fundamentales en los recursos de amparo y de control de constitucionalidad. Los derechos son principios con dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. En el caso del amparo la Corte puede efectuar una interpretación creativa y constructiva que articule el sentido objetivo de los deberes de abstención que se desprenden del Estado en su faceta subjetiva. En estos casos la Constitución ofrece una solución coherente y adecuada. En el control abstracto ocurre de otra forma. La Constitución no puede verse como un orden jurídico global de tipo concreto que puede imponer a priori a la sociedad una forma de vida. Más bien fija procedimientos mediante los cuales los ciudadanos ejerciendo su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas de vida justas (Bernal, 2007).

15 Sobre el control de convencionalidad (Quinche, 2009).

16 Los resultados del proceso de aplicación del derecho son declarativos. Difícilmente, puede hablarse que en estos asuntos se cree derecho. No se comparte la visión del legislador negativo, pues, la principal función es la revisión y comparación de normas, en cuyo caso las valida o invalida, dependiendo si son o no contrarias. Excepcionalmente puede aclarar la interpretación, empero esta no es su principal función.

encargado de velar por la protección de la Constitución. Contrario a lo que sucede en el tema de protección de los derechos fundamentales, donde es posible que se revise el asunto en diferentes sedes e instancias.

Por su parte, en materia de litigios en los que no existe relevancia constitucional es un juez quien toma prestados los presupuestos del juez conservador y del juez progresista, la ley y las sentencias son sus principales insumos. Podría decirse que en fuentes tiene una amplitud intermedia en cuanto no tiene tanta libertad como en el caso de protección de derechos, pero tampoco está limitado solamente a las disposiciones de la Carta. Aplica las concepciones legales y las integraciones y aclaraciones efectuadas por la jurisprudencia como parte del principio democrático y de coherencia de los ordenamientos jurídicos. La tendencia actual es a la integración de los modelos legalistas y realistas.

Respecto de los métodos de interpretación, dependiendo del caso, es literalista o contextualista. Como su base de trabajo es distinta, la forma como extrae información de ella dependerá del caso en concreto. Por su parte, en cuanto a las decisiones es un juez quien declara y crea derecho. Cuando sus decisiones están precedidas de normas jurídicas legales o jurisprudenciales declara los derechos establecidos en ellas, y cuando tiene que decidir un litigio sin una fácil adscripción de estas normas, lo crea.

En síntesis, la idea que se sustenta líneas atrás, es que en protección de derechos fundamentales el juez ostenta un amplio catálogo de fuentes, por lo que se asemeja al juez premoderno; en cuanto a la interpretación, es progresista; y en los resultados es declarativo. En cambio, cuando obra en control de constitucionalidad ostenta un sistema de fuentes más bien limitado, en lo que se parece al juez del Estado de derecho; ostenta, especialmente, una interpretación conservadora y declarativa, en lo que se asemeja al juez del Estado de derecho, pero en muchos casos, se hace necesario acudir al contextualismo del juez del Estado de bienestar. Sus decisiones difícilmente se pueden controlar, en lo que se asemeja al juez premoderno. En los litigios que no ostentan relevancia constitucional, el juez es una síntesis en cuanto a las fuentes, funciones y resultados del juez conservador y progresista.

EL JUEZ VIRTUOSO

Como correlato de lo anterior, donde se dice que un juez es un “buen juez” cuando cumple sus funciones dependiendo del tipo de asunto que conozca, la hipótesis de este acápite es que: el juez en el Estado constitucional debe caracterizarse por cuatro virtudes generales: la prudencia, el liderazgo, la justicia-solidaridad y la eficiencia; estas virtudes corresponden a los presupuestos, actitud del sujeto, formas de repartir el objeto, y métodos y consecuencias en la toma de decisiones judiciales. Antes de abordar estos temas, se hace importante efectuar una distinción preliminar. Podría decirse que la diferencia entre las funciones del juez –desarrolladas en el acápite anterior– y las virtudes, es cuestión de grado, y que puede aplicársele análogamente

la distinción entre principios y valores. Se entiende así que las virtudes son categorías más generales y abstractas que las funciones, que de cierta forma se muestran como algo deseable que aconseja cierta dirección por seguir en las acciones, son pautas generales de comportamiento que guían, para el caso, la labor del juez. Además, si los principios y los valores en última instancia, según Alexy (2002), se diferencian entre lo debido y lo bueno, las funciones estaría entre lo debido y las virtudes entre lo bueno.

En este acápite se desea complementar el rol de juez en el Estado constitucional desde la perspectiva de las virtudes por las implicaciones que ello trae. Ostentar una virtud presupone efectuar ciertas acciones. Las cuales al ser repetitivas se convierten en hábitos. Los hábitos pueden distinguirse entre buenos y malos. Los actos operativos buenos son las virtudes y los malos son los vicios. De forma literal expresó el Aquinate:

Así se distinguen específicamente el hábito bueno y el hábito malo, pues es hábito bueno el que dispone para el acto conveniente a la naturaleza del sujeto agente, mientras que es hábito malo el que dispone para el acto no conveniente a esa naturaleza, como los actos de las virtudes convienen a la naturaleza humana, por ser conformes a la razón, mientras que los actos de los vicios, por ser contrarios a la razón, se oponen a la naturaleza humana (Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, Parte I-IIae - Cuestión 54, artículo 1).

En este orden de ideas, una virtud judicial se constituye por un acto operativo bueno de los jueces en el desarrollo de sus funciones. Para ser juez virtuoso se requiere la repetición de actos operativos buenos. Por ser virtud se requiere que los actos sean repetitivos. Luego, un juez no puede ser virtuoso con conductas excepcionales. El buen juez se forma con la continua repetición de hábitos buenos.

El primero entre los actos “buenos” que se desea referir es el de la prudencia¹⁷. Especialmente, se quiere significar el sentido tomista de esta expresión, en la que se encamina la virtud como un corolario de conocimientos que permite, con base en entendimientos pasados y presentes, revisar las consecuencias de las actuaciones. De forma expresa se escribió en la *Summa Teológica*, citando a san Isidoro: “Prudente significa cómo ver a lo lejos; es ciertamente perspicaz y prevé a través de la incertidumbre de los sucesos”.

Para que pueda desarrollarse de forma adecuada la virtud de la prudencia el juez ostenta una titánica tarea: ha de ser capaz de afinar su entendimiento mediante el estudio de los elementos más importantes del derecho, pues, la prudencia hace parte de las facultades cognitivas; para ser un juez prudente se hace necesario el marco teórico que permita soportar las hipótesis. En este sentido, el Aquinate afirmó:

17 Tomás de Aquino efectúa una distinción entre virtudes teologales, intelectuales y morales, la prudencia está entre las morales, junto a la justicia, la fortaleza y la templanza.

Es, pues, evidente que la prudencia pertenece directamente a la facultad cognoscitiva. No pertenece a la facultad sensitiva, ya que con ésta se conoce solamente lo que está presente y aparece a los sentidos, mientras que conocer el futuro a través del presente o del pasado, que es lo propio de la prudencia, concierne propiamente al entendimiento, puesto que se hace por deducción (2001, p. 722).

De esta forma se resalta que la prudencia no refiere a un arte metafísico de adivinación. Sino que presupone que para llegar al futuro se ha de partir de los desarrollos del pasado y el presente, tratando de buscar elementos de continuidad y alternativas que permitan mostrar el adelanto de la historia de forma coherente. La historia jurídica y social, permite contextualizar las decisiones judiciales y analizar en mejor forma las variables que en torno a ella se generan.

Podría plantearse la hipótesis de que en ocasiones el buen juez se diferencia del mal juez por la deficiencia de conocimientos de este último. Como analogía del planteamiento de Amartya Sen (2007), en la *Idea de la Justicia* cuando afirma que en ocasiones quienes son considerados malas personas se debe a que no poseen los conocimientos para obrar bien. De forma más general: ser bueno y ser mejor son lo mismo.

La prudencia del juez conlleva a que las decisiones que tome en las distintas etapas procesales sean buenas. Un juez con conocimientos adecuados sobre las variables importantes de la nueva concepción de derecho y de mundo posmoderno toma buenas decisiones. En un grado de abstracción mayor podría citarse: “la virtud es la que hace bueno al que la posee y a sus obras buenas; de donde se sigue que la virtud humana, de la que estamos hablando, hace bueno al hombre y buenas a sus obras”.

El conocimiento al que hace referencia la prudencia del juez se circunscribe especialmente en dos sentidos generales¹⁸. El primero relativo al conocimiento del derecho y sus sistemas relacionados, y el otro, referido al conocimiento del proceso. El juez debe ser activo en la preparación de los distintos casos. Una buena sentencia se basa en la preparación del caso por parte del juez.

Este conocimiento de las circunstancias le hace sentir como necesario una actitud activa en la dirección del proceso. En contraposición a los modelos dispositivos clásicos o modernos en los que el juez es sujeto pasivo, donde se dejaba a la estrategia de las partes la dirección del proceso. En este nuevo modelo el juez es un líder, hace uso de sus herramientas y facultades a efectos de dirigir de manera adecuada el proceso. Evita dilaciones injustificadas, oficia pruebas, valora de manera activa las situaciones, utiliza remedios para lograr sus fines. Con lo que se constituye al liderazgo como otra de las virtudes que se desea resaltar en el juez constitucional.

18 Es un juez que lee literatura. Desde la perspectiva de Nussbaum (1997) en justicia poética se le dio fuera a la hipótesis que leer literatura ayuda a ser mejores seres humanos y mejores jueces. Bajo esta línea argumentativa se cree que la literatura ayuda a mejorar la labor judicial.

A tenor literal López Medina (2004) establece:

La adecuada preparación del proceso, mediante la dirección muy activa del juez, posibilita la terminación temprana del proceso, o, cuando menos, reduce el término de su tramitación y por consiguiente, la congestión judicial, impidiendo así la dirección privada y estratégica del proceso (p. 41).

Bajo estas circunstancias se cambia la anterior concepción en la que la labor del juez se circunscribía especialmente a la etapa procesal. Actualmente, también cobran importancia las etapas preprocesal y posprocesal. El juez puede iniciar procesos de oficio especialmente en aquellos casos en los cuales se trate de protección de derechos fundamentales o de intereses superiores. Varía la antiquísima noción de litigio en la que solo las partes eran libres de disponer si situar en marcha el apartado judicial. La etapa posprocesal también adquiere denotadas singularidades. El juez no ha de conformarse con la toma de una decisión que resuelva jurídicamente el litigio. Ha de estar encaminado a lograr la efectividad en la decisión judicial. Que lo decidido en la sentencia pueda materializarse, para lo cual deberá hacer uso de las diferentes herramientas que se han puesto a su servicio para lograr la efectividad de los derechos. De ahí la importancia que ha adquirido el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dentro del desarrollo de su rol, el juez ha de tener en cuenta que el sentido de sus decisiones ha de consultar la justicia, entendida esta en términos sociales, de ayuda al oprimido. De lo que se trata es de buscar por parte del juez una igualdad real entre las partes del litigio. La concepción bíblica de la justicia y movimientos teóricos de izquierda son afines con el sentido que quiere expresarse. En el libro de Isaías, 1:17 se establece: “Aprended a hacer el bien, buscad la justicia, reprended al opresor, defended al huérfano, abogad por la viuda”. Y en Deuteronomio 27:19: “Maldito el que pervirtiere el derecho del extranjero, del huérfano y de la viuda”.

Se trata de una justicia desde la perspectiva de la ayuda al oprimido, a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta; a los desventajados socialmente hablando: la viuda, el huérfano, el mendigo, en términos generales, el pobre. Se ha hablado en este sentido de una especie de función social de la labor del juez. En sociedades en las que es reconocido niveles generales de desigualdad en las partes con niveles de recursos jurídicos y sociales distintos entre los que ingresan a un litigio el juez líder ha de estar encaminado a recuperar un instrumento de igualdad entre las partes.

Anton Menger (1898), en su famosa obra *El derecho civil y los pobres*, argumenta por la función social que ostentan los jueces. Parte de la explotación de las clases sociales bajas fincada en el derecho individualista. A diferencia de las concepciones socialistas ortodoxas, no aboga por la supresión del derecho sino por su modificación. En el sentido de intervenir para buscar una igualdad real de las personas, especialmente de aquellas en posiciones más desventajosas. El derecho podía convertir la lucha de clases en cooperación, el odio en solidaridad. Para evitar la dominación de clases mediante el derecho se proponía la idea de la función social del juez.

Respecto del proceso, el autor considera la necesidad de que en los estados civilizados el juez impulse el proceso para buscar la igualdad de las partes. Pues, la carga de impulsar el proceso es desproporcionada cuando se mide entre los pobres y los burgueses:

Estas condiciones jurídicas son cómodas para las clases ricas, porque cultas como son y bien acondicionadas, si hace falta pueden tomar oportunamente la iniciativa. En cambio las pobres, que para defender su derecho tropiezan con un mecanismo tan complicado como es el procedimiento, sin consejo y malamente representadas, deben recoger de la pasividad judicial gravísimos perjuicios (1998. p.122).

Para cumplir estas finalidades el juez prudente y activo debe tener en cuenta la eficiencia. La eficiencia se hace importante como una virtud del juez. No quiere decirse con ello que sea la principal virtud sino que es parte de los elementos que debe tomar en cuenta el juez a la hora de resolver un litigio. No se trata de una captura del sistema jurídico por la economía si no de una herramienta para optimizar al derecho; ni de la aceptación de analizar el derecho desde el punto de vista de la eficiencia. Se debe tener en cuenta la variable del mínimo costo social. Una decisión justa, es también una decisión pronta, es una decisión tomada al menor costo con las herramientas menos restrictivas de los demás derechos. En el conocimiento de las diferentes variables y resultados cobra especial relieve la prudencia.

El derecho no solo debe conseguir sus objetivos a un costo mínimo, sino que también esos objetivos deben ser justificables. Equilibrar los valores en juego es la tarea del juez prudente. No podría ser justo un sistema totalmente ineficiente. Componentes de la eficiencia hacen parte de la concepción de justicia.

Así pues, en síntesis, el juez del Estado constitucional es un juez prudente. Para llegar a ser prudente, se requiere de un amplio entendimiento, el cual se adquiere con el conocimiento de distintos factores: es un juez estudioso de la teoría del derecho, de la argumentación y del derecho constitucional, garante de los derechos fundamentales; es un juez que prepara sus casos. Estos conocimientos hacen más asimilable la necesidad que tiene el juez de liderar el proceso judicial en sus diferentes etapas en busca de la igualdad material de las partes teniendo en cuenta que en un grado de abstracción mayor la justicia es el principal asunto del juez. La justicia entendida desde la perspectiva de la ayuda al necesitado. No obstante, el juez no debe olvidar la eficiencia en sus decisiones, bien sea desde el punto de vista de los medios o resultados de la decisión; entre dos alternativas justas ha de escogerse la más eficiente.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Impreso en Solana e Hijos, A.G., S.A.

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. (Trad. C. Bernal Pulido). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aquino, T. de. (2001). *Summa Teológica*, Parte I-IIae - Cuestión 54, artículo 1. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Berman, H. J. (2001). *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2007). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). *El neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2008). *Teoría de las formas de gobierno en el pensamiento político*. (Trad. J. Fernández). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bonnesse, J. (1985). *Tratado elemental de derecho civil*. México: HARLA Editorial.
- Carbonell, M. (2010). *El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis*?. En: M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional* (pp. 159-171). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Domingo, R. (2004). *Juristas universales*, Vol. IV. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Dworkin, R. (1992). *El imperio de la justicia (Law's Empire)*. (2ª ed.) (Trad. C. Ferrari). Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Llewellyn, K. N. (1931). A realistic jurisprudence –The next step', Columbia law realism: responding to dean pound. *Harvard Law Review*, 44. Boston.
- López, D. (2007). El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado. *Revista de Derecho Público*, Fasc. 1, v. 22, 34-45.
- López, D. (2004). *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- López, D. (2006). *Interpretación constitucional*. (2.ª ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- López, D. (2008). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Editorial Temis.
- Menger, A. (1898). *El derecho civil y los pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

- Nussbaum, M. (1997). *Justicia poética*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Ost, F. (1993). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *DOXA*, (14), 169-194.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 2(21), 339-353.
- Quinche, M. F. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Argentina: Universidad de Buenos Aires, Universidad del Rosario.
- Quinche, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (12), 163-190. México: Editorial Porrúa.
- Ripert, G., y Boulanger, J. (1993). *Tratado de derecho civil*, según el tratado de Planiol. T. I. Buenos Aires: Edición La Ley.
- Sachica, L. C. (2000). *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis.
- Santos, B. de S. (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Sen, A. K. (2007). *La idea de la Justicia*. Madrid: Taurus.
- Suárez, W. Y. (2010). Los principales factores del sistema de fuentes. *IUSTITIA*, Fasc. 8, 351-380.
- Vigo, R. L. (2003). *El iusnaturalismo actual*. México: Fontamara.