

Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, 366 pp.

por Pablo Alarcón  
Peña\*

*E*l *derecho de los jueces*, de autoría del profesor colombiano Diego López Medina, se constituye en una de las principales obras que han aportado a la construcción y al cambio de la visión predominante del Derecho e *ius teoría* no solo en su país sino también en Latinoamérica. Dicha construcción se genera a partir de un análisis crítico de la concepción e influencia tradicional en el sistema jurídico colombiano del sistema de fuentes del Derecho de origen francés y español, comprendido desde el S. XVIII hasta finales del S. XIX y,

por tanto, del papel de subordinación que desempeñaba la jurisprudencia en relación a la ley bajo la escuela de pensamiento jurídico predominante en ese entonces, el formalismo jurídico.

En esa línea la obra parte de un análisis del contexto histórico del sistema jurídico colombiano, principalmente desde la vigencia de la Constitución colombiana de 1991, texto constitucional que marcó un cambio en la forma de entender y concebir el Derecho. De manera sucinta se pueden destacar de la obra capítulos interesantes relacionados con los conceptos y evolución que ha tenido la jurisprudencia en tanto fuente de Derecho en Colombia, la lucha permanente entre los distintos actores políticos por lograr el control y hegemonía de las fuentes, el sistema de precedentes en las altas cortes colombianas y, finalmente, un aspecto trascendental desde la concepción del *Derecho judicial*, la forma cómo alcanzar certeza, seguridad jurídica e igualdad, a partir de una fuente distinta a la ley en sentido formal.

Con este contexto el autor ofrece las herramientas para el manejo del Derecho jurisprudencial, el cual, por su rasgos característicos, difiere del Derecho legislado, es decir, cuenta con una serie de parámetros especializados, entre ellos, el análisis estático y dinámico del precedente jurisprudencial. Como se desprende del contenido del libro, quizás sus mayores contribuciones desde el punto de vista sociológico se concentran en su intento por sistematizar la jurisprudencia colombiana y, consiguientemente, generar un aporte para jueces y usuarios del sistema de administración de justicia.

Aun cuando los efectos positivos más palpables de la obra de López Medina se pueden percibir claramente en la dimensión pragmática del Derecho, ello no habría

\* Secretario Técnico Jurisdiccional, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Docente del Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

sido posible sin el análisis pormenorizado de la dimensión abstracta del Derecho, que generalmente es menospreciado en nuestra cultura legalista; nos referimos en particular a la evolución de la *ius teoría* desde la concepción comparada del Derecho. En esa línea, considerando la relación con la experiencia jurídica ecuatoriana, y con la finalidad de facilitar la lectura del texto, se sugiere al lector que el capítulo final de la obra denominado “Teoría del derecho judicial: el papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica antiformalista del derecho” sea objeto inicial de lectura antes de abordar los capítulos iniciales del libro.

Por su importancia, haremos referencia al capítulo en mención. En él se ponen de manifiesto inicialmente las características y rasgos comunes de la escuela formalista y su influencia en la estructura del sistema de fuentes. Así, por ejemplo, durante el predominio de la escuela formalista del Derecho, el sistema de fuentes se caracterizaba, acorde con la influencia propia de los sistemas prestigiosos pertenecientes a la familia romano-germánica, por su estructura *ordenada-piramidal* en donde la ley de origen parlamentario se constituía en la fuente hegemónica del Derecho, dejando a otras fuentes ajenas a la producción legislativa una función auxiliar. Es así que, dentro del sistema ordenado de fuentes del Derecho de origen formalista, se parte de la plenitud y coherencia de la ley en sentido formal y se advierte la imposibilidad de realizar interpretaciones con carácter *post legislativo*. En cuanto a los efectos de las fuentes desde la dimensión formalista, la ley es la única autorizada para generar efectos *sistémicos*, dejando a la jurisprudencia, en tanto fuente subordinada a la ley, la generación de efectos exclusivamente *inter partes*. En definitiva, tal como lo destaca el autor, se parte de la confianza plena en la capacidad del legislador para regular *a priori* todas las circunstancias sociales que se puedan generar en el futuro.

Posteriormente, continuando en su análisis *ius teórico*, López Medina destaca desde el punto de vista del Derecho comparado una corriente de pensamiento jurídico antagónica al formalismo jurídico, muy propio de los sistemas jurídicos que integran la familia del *common law*; nos referimos al *realismo jurídico*. En ellos, como acertadamente analiza el autor, a diferencia de lo que sucede en el sistema ordenado de fuentes inherente al formalismo jurídico, la jurisprudencia desempeña un papel diferente, pues mientras la ley en sentido formal partía de una concepción de validez formal sustentada en los procedimientos de formación de la misma y en su carácter estático, el realismo jurídico se construye a partir de la dimensión sociológica del Derecho y, por tanto, evalúa su eficacia respecto a sus destinatarios. Desde esta dimensión sociológica, la jurisprudencia se constituye en la fuente hegemónica encargada de crear Derecho vivo, acorde con la sociedad que pretende regular y, por consiguiente, desconociendo cualquier tipo de Derecho objetivo, incluso los propios precedentes jurisprudenciales.

Ante esta relación de tensión entre las escuelas de pensamiento jurídico formalistas y realistas, concentrada principalmente en el planteamiento de tesis extremas sobre la hegemonía de dos fuentes distintas del Derecho (ley *vs.* jurisprudencia), se destacan en la obra una serie de *ius* teóricos de finales del siglo XIX, particularmente un grupo denominado “inquietos franceses”, liderado por pensadores como Francois Géný, Salleiles, Josserand, René David, entre otros, que reciben esa denominación por sus planteamientos por demás sorprendentes, respecto al papel que desempeña la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes, si consideramos que fueron educados bajo la influencia tradicional formalista francesa. Los inquietos franceses, integrantes de esta nueva escuela de pensamiento jurídico catalogada como *antiformalista*, a diferencia de la tesis principal del formalismo jurídico y, en coincidencia con la escuela de pensamiento predominante en el sistema angloamericano de la época, advierten una sensibilidad y cuestionamiento frente a la posibilidad de que la ley en sentido formal pueda continuar regulando *a priori* y hacia el futuro todas las circunstancias sociales que podrían generarse en la sociedad. De esta manera, los conceptos de coherencia y plenitud del sistema ordenado de fuentes del Derecho y la imposibilidad de realizar interpretaciones *post legislativas*, todas ellas características fundamentales del formalismo jurídico, sufren desde esta escuela de pensamiento jurídico una erosión considerable. Sin necesidad de recurrir a posiciones extremas, la escuela antiformalista se constituye como una *tesis intermedia*, que se puede sintetizar en los planteamientos de Roscoe Pound en 1933: “No tenemos que escoger entre el derecho concebido como un cuerpo de reglas y el derecho concebido como todo aquello que determina la acción del juez. El derecho es más complejo que un conjunto de reglas, pero tampoco es tan heterogéneo como para creer que sean fuentes de ese derecho todos los factores que ocurren en las salas de audiencias”.<sup>1</sup>

Consecuentemente, el antiformalismo parte de la insuficiencia de la ley para regular todas las circunstancias de la sociedad y de la necesidad de contar con un juez activo que logre alcanzar la eficacia del Derecho objetivo. Se trata, en definitiva, de concebir que el Derecho no pueda bajo las circunstancias actuales, reducirse a la ley en sentido formal. En este punto se marca una diferencia categórica con el realismo jurídico, pues conforme señala el autor, no se pretende desconocer el Derecho objetivo, tampoco se parte de una pérdida de fuerza normativa de la ley, por el contrario, lo que se busca es revalorizar el papel de la jurisprudencia en tanto fuente, y dinamizar a partir de la hermenéutica al ordenamiento jurídico y a sus distintas fuentes del Derecho. Es así que, desde la escuela antiformalista, se parte de la

---

1. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, p. 274.

estructura de un sistema de fuentes *paritario*, en el que la jurisprudencia está en un nivel jerárquico igual al de la ley en sentido formal el momento en que la interpreta, muy similar a como opera el sistema de fuentes del Derecho angloamericano, en el cual es común el aforismo de que la Constitución es lo que el juez dice que es.

En definitiva, la escuela antiformalista destaca una revalorización de la jurisprudencia y resalta la necesidad de establecer distinciones entre lo que es una prescripción normativa y una norma, esta última producto de una necesaria interpretación de la primera. A consecuencia de este rol activo del juez, y de la insuficiencia de la prescripción normativa, se matiza la necesidad de contar con un parámetro de legitimidad en las decisiones de los jueces, la *argumentación científica*. Como se evidencia, producto del análisis que realiza el autor de la dimensión abstracta del Derecho en el capítulo 7 de la obra, y de la evolución de las distintas escuelas de pensamiento jurídico que allí se destacan, es posible comprender la utilidad que reviste el análisis de *El derecho de los jueces*, que se aborda a lo largo del libro.

Debe enfatizarse, acorde a lo analizado por el autor, que la realidad de una jurisprudencia revalorizada no es una circunstancia jurídica ajena a los sistemas jurídicos latinoamericanos, pues basta examinar sus ordenamientos para constatar que la influencia hegemónica y exclusiva de la familia romano germánica ha sido superada, encontrando, ahora, una clara influencia también de los sistemas pertenecientes al *common law*. Ante esta nueva realidad normativa latinoamericana, que se puede identificar en sistemas jurídicos como el colombiano, es preciso la generación de diálogos comparativos críticos con sistemas que cuentan con experiencia en el manejo y desarrollo de fuentes alternativas a la ley en sentido formal; ejemplo de ello es la obra del profesor Diego López Medina, que, más allá del análisis del Derecho judicial, nos brinda insumos importantes para la generación de una nueva visión y estudio del Derecho comparado desde la realidad de los sistemas latinoamericanos.

Finalmente, es importante destacar los aportes del libro respecto al caso ecuatoriano, sistema jurídico que, de manera similar a lo sucedido en Colombia con la Constitución de 1991, marca a partir de la vigencia de la Constitución de 2008 una serie de reconocimientos a la jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho objetivo; ejemplo de ello son los artículos 11 numeral 8 y 436 numerales 1 y 6 de la Carta Política ecuatoriana. Por otro lado, desde la dimensión abstracta del Derecho, el texto nos invita a cuestionarnos acerca de la escuela de pensamiento jurídico predominante en los sistemas jurídicos latinoamericanos contemporáneos. *El Derecho de los jueces* en definitiva, es un texto de consulta obligatorio para operadores jurídicos y académicos ecuatorianos.