

# El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho

*The New Law, the scepticism about rules and the alternative use of law*

Javier Tamayo Jaramillo<sup>1</sup>

## Resumen

El autor analiza la teoría del nuevo derecho tal y conforme la expone el distinguido profesor Diego López Medina en sus obras "El Derecho de los Jueces" y la "Teoría impura del Derecho". Se trata de una confrontación radical entre las notas distintivas de la doctrina defendida por López Medina y la posición del profesor Javier Tamayo Jaramillo, frente a tan audaces propuestas que López Medina propone introducir en Colombia, basado para ello en la Constitución de 1991 y la interpretación de valores que viene aplicando desde hace algunos años la Corte Constitucional. En el fondo es una confrontación ideológica entre un antiformalismo total, acompañado por una teoría moralista y axiológica del nuevo derecho y una pérdida de importancia del derecho escrito vigente en Colombia (nuevo derecho); doctrina que Tamayo Jaramillo combate sin atenuantes pero sin desconocer la necesidad de que el derecho tenga una pretensión de corrección moral y que el juez sin atenerse literalmente a la norma, igualmente respete el mínimo necesario de la estructura legal vigente.

Palabras clave: hermenéutica jurídica, iusfilosofía, nuevo derecho, Corte Constitucional.

## Abstract

The author analyzes the theory of the new law just as it is exposed by the distinguished professor Diego Lopez Medina in his works "El Derecho de los Jueces" (*the judges' law*) and "La Teoría impura del Derecho" (*the impure theory of law*). It deals with a radical confrontation between the distinguishing

---

1 Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Licenciado en Economía y Derecho de los Seguros, Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Doctor *honoris causa* por la Universidad de San Pedro (Perú) y Profesor universitario en Colombia y profesor invitado de varias universidades en el exterior.  
Correo electrónico: [tmabogados@epm.net.co](mailto:tmabogados@epm.net.co).

Este artículo fue recibido el día 10 de abril de 2006 y fue aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 3 del 8 de junio de 2006.

notes of the doctrine defended by Lopez Medina and the position of professor Javier Tamayo Jaramillo, opposite to such audacious proposals that Lopez Medina suggests to introduce in Colombia. For it, the first author is based on the Constitution of 1,991 and the interpretation of values that the Constitutional Court has been applying for some years. At the bottom, it is an ideological confrontation between a total antiformalism, accompanied by a moralistic and axiological theory of the new law and a loss of importance of the written law in force in Colombia (new law), doctrine that Tamayo Jaramillo struggles radically but without ignoring that the law needs to have a pretension of moral correction and that the judge, without abiding literally by the norm, anyway needs to respect the essential minimum of the legal structure in force.

Key words: legal hermeneutic, legal philosophy, the new law, Constitutional Court.

## Introducción

Cuando escribí mis primeros artículos sobre interpretación constitucional y Nuevo Derecho, advertía sobre los peligros de esta última corriente y del excesivo activismo judicial de la Corte Constitucional, pues se corría el riesgo que con ambas doctrinas la jurisprudencia pudiera convertir el sistema político en una barca al vaivén del decisionismo de la Corporación y que con dicha concepción del derecho y de su aplicación se podía justificar bajo el ropaje del Estado de Derecho cualquier régimen corrupto o totalitario de izquierda o de derecha, que en todo caso minara el sistema democrático. Que no enjuiciaba yo los fallos en concreto, la mayoría de los cuales me parecían justos a la luz del derecho natural, sino el método de aplicación de la Constitución, justo por ese peligro de antidemocracia.

Desde la academia y por medio del correo electrónico recibí toda clase de diatribas, unas más educadas que otras, pero sin excepción alguna todas orientadas a la defensa de dicha interpretación, ya que ella representa la reivindicación de la clase pobre colombiana, pues ese método era propio de los juristas de izquierda. Se me decía adicionalmente que mi capacidad reaccionaria contra la Corte obedecía a mi posición a favor de la reelección y en general, del actual gobierno y de las clases opresoras.

Pues pasó menos tiempo del que yo imaginaba y ya aprobada la reelección y la ley de garantías, aquellos que días antes echaban incienso al máximo tribunal constitucional, hoy esconden la cabeza como el avestruz o salen a despotricar de la Corte a la que presionaban elogiándola la víspera de sus decisiones sobre el tema, bajo el argumento de que cedió a las presiones del gobierno y de los reeleccionistas y que con su decisión el tribunal máximo hirió de muerte la Carta Magna. Ninguno de los defensores de ese método interpretativo, anterior a los citados fallos, han tenido alientos de salir de nuevo a defender a la Corte, que no hizo más que aplicar su anterior método de interpretación, sólo que esta vez en contra de los ideales de sus otrora aduladores, salvo algunos anónimos que me insultan por la honda satisfacción que me debe embargar una vez aprobada la reelección.

¡Pues no! se equivocan quienes así piensan, porque más allá del contenido de los fallos, la Corte, esta vez con más arrogancia que antes, pasó por encima de los límites de sus competencias y de nuevo creó derecho a sus anchas, desconociendo los textos constitucionales, pero esta vez para salirse de la línea ideológica de los que hasta entonces habían sido sus áulicos que aplaudían el triste balance que hasta ese momento tenían el gobierno y el legislador en los fallos de constitucionalidad.

Después del fallo sobre garantías electorales, pienso que la Corte se equivocó y que el único camino que tenía, si era que le parecía inconstitucional la ley de garantías electorales aprobada en el Congreso, era declararla inconstitucional así la reelección se derrumbara. Ella no tenía porque hacer una nueva ley en reemplazo de la otra, que fue lo que hizo en la práctica.

Según veremos, la metodología de aplicación (no siempre interpretación) del derecho por parte de la Corte, se inspira en una mezcla de la teoría del Nuevo Derecho y de la doctrina de la constitución material o de valores, en la medida en que ambas doctrinas le dan total libertad legisladora al Tribunal Constitucional, aunque la segunda en teoría niegue dicha facultad. El análisis de esas dos doctrinas y su enfrentamiento con el positivismo actual y su aplicación en el derecho colombiano constituyen el objeto de estas notas.

## 1. Precisiones ideológicas

Pero, para evitar el maniqueísmo de algunos de los autores nacionales, que en materia de aplicación del derecho no encuentran sino las alternativas de literalismo a ultranza de un lado o la libertad total de creación por parte del juez del otro, he de advertir que: 1) soy partidario del Estado Social de Derecho; 2) soy partidario de la existencia de los derechos fundamentales y del garantismo de los mismos, ya que estos no son simplemente fórmulas vacías insertas en el texto constitucional, sino verdaderos derechos y que luchó por la realización de la utopía de su aplicación efectiva, siempre y cuando se respeten los cauces previstos en la Constitución sobre todo su calidad de derechos o principios *prima facie* como los denomina Alexy; 3) tomadas aisladamente muchas de las sentencias de la Corte, mi convicción iusnaturalista me deja la sensación de que son fallos justos; 4) cuando el texto no es claro o no hay texto aplicable, soy partidario de una interpretación abierta, actualizada, teleológica, a condición que no se desconozcan normas válidas para crear otras artificialmente; es decir, de lo que Recasens Siches denomina “el logos de lo razonable”; 5) finalmente, estoy de acuerdo con la Corte Constitucional como institución garante de la democracia y del Estado Social de Derecho.

Mi desacuerdo, radica simplemente en el método de aplicación del derecho, dado el enorme peligro que para buena parte de la doctrina, la jurisprudencia y sobre todo para la historia jurisprudencial, representa el Nuevo Derecho y el activismo de nuestro máximo tribunal constitucional. No me detendré en el contenido de las sentencias que analizaré, salvo en algunos casos, para mostrar los desafueros del método de aplicación del derecho por parte de la Corte Constitucional.

## 2. Plan

Así las cosas, este trabajo comprende inicialmente dos partes: la primera, el análisis de la teoría del Nuevo Derecho tal y como la expone el profesor Diego López Medina. La segunda, se refiere a la interpretación constitucional tanto en el derecho comparado como en la jurisprudencia colombiana. Pero dada la extensión del ensayo, he debido presentar únicamente el tema referido al Nuevo Derecho.

### **3. Inutilidad de la polémica entre formalismo y antiformalismo**

En varias columnas publicadas en el periódico *Ámbito Jurídico*<sup>2</sup>, el profesor Diego López Medina y el suscrito, discrepamos sobre lo que él denomina la polémica entre formalismo y antiformalismo.

Luego de decantado el lenguaje, creo que la polémica carece por completo de sentido, pues ello sería como si polemizaran los que sostienen que la tierra es plana y quienes sostienen que ella es redonda. En efecto, si por formalismo entendemos la aplicación literal de la ley absolutamente en todos los casos, deberíamos concluir que ya no hay jurista en el mundo que sostenga tal absurdo, lo que conlleva a la conclusión de que todos somos antiformalistas.

En ese momento, y en cierta forma actualmente, yo entendía por antiformalismo aquella doctrina que, como la del Nuevo Derecho, desconocen valor a las normas vigentes para dar paso a la subjetiva valoración del juez en cada caso concreto. Pero en forma poco pedagógica en mi concepto, el profesor López Medina metió en el mismo saco de su especulación filosófica las corrientes que como el Nuevo Derecho desconocen las normas y aquellas escuelas que sin desconocer los textos normativos proclaman que no siempre se apliquen en forma literal, doctrina esta que yo acojo desde luego, dentro de la amplia gama de teorías que existen al respecto.

En conclusión, si por formalismo hemos de entender la aplicación literal de la ley en todos los casos, doy por clausurada la discusión, pues bajo tal premisa no soy formalista. Soy formalista en tanto y en cuanto sostengo que un Estado de Derecho cualquiera sea su naturaleza, deja de existir si no se aplican sus normas acudiendo a sistemas de interpretación que logren alcanzar decisiones lo más justas posibles.

Como dije, donde radican las verdaderas polémicas es en el tema relativo a la capacidad creadora del juez, ya que hay desde escuelas que preconizan el

---

2 *Ámbito jurídico*. No. 177 y 181. Bogotá: Legis, mayo y julio de 2005.

desconocimiento total de los textos normativos para aplicar la voluntad del juez según su apreciación subjetiva de las cosas, hasta quienes respetan la aplicación de los textos normativos cuando son claros y admiten una cierta capacidad o elasticidad interpretativa del juez para garantizar la solución de cualquier caso que sea sometido a su decisión.

Por eso me parece que la obra *Teoría impura del derecho* del profesor López Medina<sup>3</sup>, es un esfuerzo inútil que no hace más que crear confusiones ya que para probar la tesis del antiformalismo, cita en escalera el pensamiento de autores tan disímiles en su pensamiento como los de la escuela del realismo norteamericano, Hart, Kelsen, Dworkin, Alexy, Genny, Recasens Siches, entre otros. Para el lector ignorante en la materia, pareciera que todos los autores citados y analizados hacen parte de una misma escuela de pensamiento, mientras que en realidad lo único que los une es su apatía frente el literalismo generalizado de la interpretación de la ley, apatía que hoy es unánime y universal.

Pero en este punto creo necesario denunciar que tanto la Corte como los autores que defienden su método de aplicación del derecho, incluido el profesor López Medina se amparan en autores como Alexy, Dworkin y Hart entre otros, pero sólo los citan para fundamentar sus ideas, cuando ese apoyo les conviene. Sin embargo, en otros puntos cruciales de la teoría de estos autores, como el de la calidad *prima facie* de los principios o de los derechos fundamentales, los nuestros guardan silencio. Igual silencio ocurre con los derechos prestacionales y económicos que para los autores extranjeros citados no pueden ser aplicados directamente por la Corte Constitucional, dado que es preciso que el legislador los desarrolle previamente.

A los lectores, sobre todo a las nuevas generaciones de estudiantes que ávidas de justicia real se inician en el campo del derecho, hay que mostrarles con las críticas correspondientes la opinión de los autores de cabecera, no sólo para lo que le conviene al comentarista o al tribunal nacional, sino también para controvertir aquellas ideas que en Colombia se quieren imponer pero que no son compartidas por sus mentores.

---

3 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

Hecha la aclaración anterior y volviendo al tema central, digamos que lo que amerita un gran estudio es la dilucidación del problema consistente en saber si el juez puede legislar y desconocer los textos normativos, o si con un cierto margen de creatividad y discrecionalidad la tarea del juez consiste en aplicar el derecho vigente acomodándolo a la evolución social y a los diversos métodos de interpretación.

#### **4. Afinidades entre el Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas, el realismo jurídico y el uso alternativo del derecho**

Pero sucede que aparte de la distinción ya inexistente en la práctica entre formalismo o literalismo y antiformalismo, el profesor López Medina sienta lo fundamental de su concepción del derecho en su adhesión a la teoría del Nuevo Derecho, teoría que al igual que la del uso alternativo del derecho y otras más como el realismo norteamericano, desconocen la obligatoriedad de las normas vigentes, para dar campo a una aplicación del derecho basada en corazonadas, valores y principios generalísimos, doctrina que de alguna manera aplica la Corte constitucional en sus sentencias modulativas y en el desconocimiento expreso de textos constitucionales absolutamente claros, lo que hace que la Corporación más que ser un intérprete de la Carta, sea un nuevo legislador ilegítimo. Es contra esa teoría que me opongo radicalmente.

#### **5. Precisiones sobre el Nuevo Derecho o derecho alternativo**

Para entender las anteriores doctrinas es preciso responder la siguiente pregunta: en un Estado de Derecho, sea liberal o social, ¿puede el juez desentenderse de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico para fallar los casos concretos según lo que él crea justo para conseguir un Estado Social de Derecho? o inclusive, ¿puede un Estado de Derecho prescindir oficialmente de las normas para fallar todos los asuntos con base en unos principios generalísimos que no tipifiquen ni el derecho penal, ni el procesal ni el derecho de familia, ni el de títulos valores, ni el de sociedades, ni el de los contratos?

Pues bien, esas dos preguntas las responde afirmativamente la vertiente más radical del nuevo derecho o derecho alternativo, la doctrina del escepticismo ante las normas y que explica en detalle y en el fondo defiende el brillante tratadista doctor Diego López Medina.

En efecto, para esa vertiente de pensamiento que tuvo su origen en los años 30 en los Estados Unidos y después en el pensamiento marxista de Francia e Italia luego de la Revolución Francesa de 1968 – dado que para el marxismo el derecho es una supraestructura que permite el mantenimiento de los privilegios del capitalismo e impide la reivindicación de igualdad real y bienestar de las clases débiles–, el Derecho normado debe ser combatido y desconocido por el juez que debe fallar el caso concreto.

Como consecuencia de lo anterior, afirma esta corriente que el juez es el verdadero creador del derecho, pero prescindiendo de las normas y acudiendo a principios morales, sociales y axiológicos que permitan aplicar la justicia al caso concreto. Así las cosas, esta escuela no es que patrocine, como lo hago yo, una interpretación amplia y razonable de las normas vigentes, así sea saliéndose de la literalidad y acudiendo a otros métodos de interpretación, sino que pretende dejar las normas de lado.

El profesor Antonio Enrique Pérez Luño, en la obra Colectiva *El derecho y la justicia*, publica un artículo denominado *Seguridad jurídica*, donde refiriéndose al nuevo derecho o derecho alternativo afirma lo siguiente:

Una significativa infravaloración de la seguridad jurídica se desprende de los planteamientos de la corriente hermenéutica denominada «uso alternativo del Derecho». Esta orientación de determinados sectores críticos y progresistas de la Teoría del Derecho, que adquiere notoria difusión en la década de los setenta, ha supuesto una radicalización, en sentido político, de las premisas metódico-jurídicas de la jurisprudencia de intereses y la Escuela del Derecho libre. El leitmotiv básico de tales posturas reside en denunciar la tradicional interpretación burguesa del Derecho en su propio beneficio. Frente a ello, se propugna una interpretación y aplicación «alternativas», en cuanto dirigidas al servicio de los intereses de las clases populares, instrumentalizando para ese fin las cláusulas más progresistas de los textos constitucionales y los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho.

Lo que supuso para la doctrina europea continental el uso alternativo en la década de los setenta, lo ha supuesto para la anglosajona, en particular para la norteamericana, el movimiento denominado *Critica Legal Studies*. Se trata de un conjunto de teorías indefinidas en su identidad, a tenor de una irónica observación, sus acólitos se reúnen en Conferencias cuyo propósito

incluye decidir lo que es el propio movimiento; heterogéneas en sus presupuestos, entre los que se incluyen el realismo jurídico norteamericano, el marxismo jurídico, la teoría crítica de la sociedad de la Escuela de Frankfurt, el postmodernismo cultural...; y contradictorias en sus objetivos.

Así mientras los más proclives a la teoría crítica pretenden ofrecer una visión global «desmitificadora» de las funciones del Derecho en la sociedad, los más influidos por la mentalidad postmoderna optan por análisis locales dirigidos a la «reconstrucción» de determinados discursos y categorías jurídicas. Pese a esa disparidad teórica, en el terreno que aquí nos incumbe cabe apuntar como rasgo común a estas doctrinas su prolongación, animada de una teoría progresista análoga al uso alternativo del Derecho de las tesis del realismo jurídico norteamericano en orden a: la indeterminación lingüística del Derecho, el consiguiente e inevitable protagonismo de la función judicial en la producción normativa, y la también inevitable politización de los argumentos normativos que, lejos de obedecer a premisas lógico-formales, responden a opciones ideológicas con su carga de contingencia e irracionalidad.

Estos intentos de politizar abusivamente la interpretación del Derecho, mediante el reforzamiento del arbitrio judicial (*Richtermacht*), entrañan un ataque frontal a la seguridad jurídica, postulado básico del Estado de Derecho. La historia constitucional muestra que la tesis alternativa no implica la asunción necesaria de posiciones jurídicas progresistas, sino que esa instrumentalización del Derecho puede degenerar en fenómenos regresivos de «neonazismo jurídico». En las democracias pluralistas, el «uso alternativo del Derecho», puede incubar «abuso alternativo del Derecho», en que el asalto a la seguridad jurídica se traduzca en agresión a las garantías esenciales del propio Estado de Derecho<sup>4</sup>.

## **6. Comparación del derecho tradicional y el Nuevo Derecho (crítica a la teoría del Nuevo Derecho y doctrinas afines)**

Al final de su obra *El derecho de los jueces*<sup>5</sup> el profesor López Medina hace un cuadro comparativo entre lo que él denomina como el derecho tradicional y el Nuevo Derecho. El cuadro es el siguiente:

---

4 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *El derecho y la justicia*. Madrid: Edición y recopilación de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Trotta, 2000. pp. 488 y 489.

5 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2004. pp. 191 y 192.

<b>DERECHO TRADICIONAL</b>	<b>NUEVO DERECHO</b>
<p>1) Completa separación entre derecho y moral como esferas independientes de regulación de la conducta humana.</p>	<p>1) Acercamiento entre derecho y moral, entre reglas jurídicas y la responsabilidad moral y política del Estado en el respeto de los derechos de los individuos y de la igualdad entre ellos.</p>
<p>2) El derecho constitucional público y el derecho común privado son sustancialmente diferentes. Los métodos interpretativos del derecho privado, su rigor intelectual, los temas que trata, los valores que protege, etc., están relativamente aislados de crítica política proveniente del derecho constitucional.</p>	<p>2) Sostiene una relativa unidad e interpenetración entre el derecho constitucional y el derecho privado, como corolario jurídico de una tesis general de filosofía moral: la distinción entre el espacio público y privado es un artificio del individualismo liberal que buscaba aislar de la crítica político-constitucional los circuitos de creación privada de riqueza y capital.</p>
<p>3) Se presume que la ley cumple y hace efectiva la Constitución. 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. Los casos jurídicos concretos se resuelven mediante la aplicación de reglas legales específicas. La Constitución rara vez influye en la decisión de casos jurídicos concretos.</p>	<p>3) La ley no expresa necesariamente la Constitución. Por el contrario, es relativamente frecuente que la viole, ya que el proceso de promulgación legal presupone el triunfo de mayorías políticas, con frecuencia en violación de derechos de minorías no representadas políticamente. Por tanto, la Constitución tiene aplicación concreta en la solución de casos jurídicos. Además tiene preferencia sobre la ley a pesar de los diferentes niveles de generalidad que ambos exhiben: un principio constitucional abstracto, sólo aplicable a través de un argumento interpretativo puede triunfar sobre reglas explícitas y concretas que también pretenden regular la situación concreta.</p>

continua

<b>DERECHO TRADICIONAL</b>	<b>NUEVO DERECHO</b>
<p>4) La argumentación jurídica se centra en el concepto de adecuación o calificación típica. Se debe encontrar la regla legal específica que regula el tema: es fundamental aprender a distinguir qué tipo de contrato, o qué régimen de responsabilidad civil hay detrás de los hechos a ser juzgados. Una vez que se tiene la calificación correcta -este es un depósito irregular y no un contrato de mutuo, esto es actividad peligrosa y no responsabilidad con culpa, esto es extorsión y no estafa- las consecuencias jurídicas se siguen de manera lógica, inexorable, por aplicación de las normas que rigen la respectiva adecuación típica.</p>	<p>4) No se parte de la adecuación típica sino de la aceptación de la existencia de conflictos de derechos. El conflicto se resuelve sin acudir a textos positivos que regulan la integridad de la institución tipificada. Más bien, la argumentación jurídica se fundamenta en el concepto de balance de derechos, fundada en lógicas discursivas menos lineales.</p>
<p>5) La retórica judicial subraya el papel de la seguridad jurídica, identificada con una noción de justicia procesal que basta para garantizar los intereses de las partes.</p>	<p>5) La retórica judicial subraya el papel de la justicia sustantiva.</p>
<p>6) Se prefiere la expedición de normas jurídicas específicas, que regulen en situaciones jurídicas específicas. Los vacíos, la ambigüedad, etc., se conciben como errores en técnica legislativa.</p>	<p>6) En vez de reglas específicas de conducta, se prefiere la adopción de estándares o principios que, enunciando una regla generalísima, dejan su adecuación concreta a un juicio prudencial del intérprete y no a la capacidad de previsión del legislador.</p>
<p>7) Continuidad y orden social como valores políticos prevalentes.</p>	<p>7) Cambio social y justicia distributiva como valores políticos prevalentes.</p>
<p>8) Esta teoría del derecho enfatiza el papel de un Estado mínimo o pequeño en la defensa enérgica de las libertades liberales clásicas y en la garantía de "vida, honra y bienes".</p>	<p>8) Esta teoría del derecho facilita la intervención estatal en los circuitos de redistribución de riqueza como elemento necesario para una sociedad bien ordenada. El Estado tiene un papel proactivo en la protección de derechos constitucionales prestacionales.</p>

continua

DERECHO TRADICIONAL	NUEVO DERECHO
9) El abogado como intermediador necesario de conflictos individuales, especialmente interesado en la transferencia de propiedad, dinero e influencia, y conservando parte de ellas a través de la prestación de sus servicios profesionales.	9) El Derecho es cada vez más utilizado como mecanismo de resolución de conflictos de carácter colectivo y no meramente individual. La movilización de la sociedad civil en cierto tipo de causas refuerza las posibilidades de su reconocimiento en sede judicial. Utilización social del derecho constitucional como mecanismo de reivindicación de derechos.
10) El juez es fundamentalmente “voz de la ley” y desarrolla “virtudes pasivas”. Se preocupa fundamentalmente por adjudicar la titularidad de derechos más tradicionales, de origen legal y distingue su misión claramente de la ejecución o administración de sus fallos.	10) El juez actúa como realizador de visiones de justicia material y desarrolla “virtudes activas” que lo ponen en contacto, por ejemplo, con funciones de ordenación y administración de gasto público. La ejecución y administración de sus fallos son incluso más importantes que la mera adjudicación de derechos en cabeza de individuos o comunidades.

## 7. El Nuevo Derecho como acción política y no como ciencia del derecho

Según se desprende de la síntesis que del doctor López Medina acabamos de transcribir, así como de algunos pasajes de sus obras, en el Nuevo Derecho y demás doctrinas que abogan por el desconocimiento de las normas vigentes, más que una teoría jurídica, yace a veces veladamente y a veces en forma expresa, un tipo de acción política mediante el cual los jueces se toman el poder real y a partir de su capacidad decisoria imponen el régimen ideológico y económico del cual están convencidos.

Y la historia muestra que esa posibilidad de desconocer las normas permite bien sea un régimen corrupto o uno totalitario y antidemocrático de izquierda o de derecha.

El de derecha ya lo tuvimos cuando el Nacional Socialismo impuso su decisionismo hasta el punto de considerar la Constitución escrita sin valor alguno. Y el de extrema izquierda tuvo su experiencia real y fracasada en varios países de Europa, sobre todo en Italia y España. Los corruptos los hemos vivido en América Latina durante décadas al amparo de Cortes de bolsillo.

## **8. Explicación de la doctrina del uso alternativo del derecho que en lo referente al desprecio por el respeto por el derecho escrito, es similar al Nuevo Derecho**

Veamos con algún detenimiento la explicación que sobre la escuela del uso alternativo del derecho, escuela que se enmarca en los postulados generales del nuevo derecho, nos propone la profesora María Lourdes De Souza, en su obra *El uso alternativo del derecho*<sup>6</sup>. Nos arrogamos la vergonzosa irresponsabilidad de reproducir extensos párrafos de esta autora, pero lo hacemos como una labor de difusión doctrinal y pedagógica que permita a los estudiantes conocer realmente el origen ideológico de las doctrinas que ahora tratan de imponerse en Colombia, hay que reconocerlo, con un angustiado y noble deseo de combatir las descomunales desigualdades que hoy existen en nuestra sociedad, aunque según veremos, acudiendo a soluciones equivocadas por lo peligrosas para la democracia. Desde luego, no todos los partidarios de estas doctrinas son de ideología marxista, pero sin excepción todos profesan una marcada aversión a la aplicación del derecho escrito previamente legislado.

Dice así la profesora De Souza:

Todo lo expresado sirve para reafirmar que los planteamientos antiformalistas continuaron teniendo valor más allá del momento histórico en que se han manifestado. El propio discurso alternativista es un claro ejemplo de lo antedicho. Con referencia a este último punto, tal vez cabe decir que el movimiento del uso alternativo del derecho ha reproducido, en gran parte, argumentos muy similares a los del movimiento antiformalista, aunque trata (y aquí parece residir la diferencia) de redimensionar la perspectiva crítica antiformalista dándole un matiz político-

---

6 DE SOUZA, María Lourdes. *El uso alternativo del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

ideológico. Tal configuración es posible gracias a que los alternativistas hacen una asimilación simbiótica del antiformalismo con otra vertiente de pensamiento, el marxismo o, más específicamente, el neomarxismo. Es esta interacción la que permite a los alternativistas conjuntar el antiformalismo teórico con una praxis transformadora de la realidad jurídica, social y política. De tal manera, se puede decir que las tesis antiformalistas están en la base de gran parte de los planteamientos alternativistas, pero lo que de hecho les da un sentido y significado distinto es su mezcla o ubicación con la óptica o perspectiva marxista, ya que es esta la que otorga un potencial revolucionario a aquélla<sup>7</sup>.

Y más adelante la autora expresa

Estas observaciones preliminares sirven para centrarnos en los fundamentos y/o presupuestos utilizados para reivindicar y justificar el movimiento del uso alternativo del derecho. Así, por un lado, los presupuestos antiformalistas son los que componen la base crítico-constructiva de una nueva concepción teórico-filosófico-científica del fenómeno jurídico y de su hermenéutica; y por otro, están los presupuestos neomarxistas que tratan de ubicar o coimplicar el antiformalismo teórico con una praxis revolucionaria y/o transformadora de las realidades jurídica, social y política. Todo ello repercute en la construcción de nuevas categorías y propuestas instrumentales y operativas, tanto para la crítica y la desmitificación de la matriz científica que anima la cultura jurídica tradicional, como para la edificación de un nuevo referente epistemológico y de una nueva concepción filosófico-cultural<sup>8</sup>.

[...]

Es sustancialmente en torno a estas dos afirmaciones como se mantiene el debate/conflicto/polémica sobre la interpretación (y dentro de ella, el papel del jurista) en los medios intelectuales y judiciales. Las diversas opiniones contendientes parece que se polarizan en torno a dos direcciones diametralmente opuestas: una que sigue los cánones de la doctrina tradicional, acreditándose los principios de apoliticidad, neutralidad e imparcialidad en la interpretación y la aplicación de las leyes y en la defensa de la aseptia político/social/institucional de los operadores jurídicos; y otra que concibe la actividad interpretativa como creativa, valorativa, política y discrecional,

---

7 *Ibid.*, p. 17.

8 *Ibid.*, p. 29.

cuyo resultado depende única y exclusivamente de la adhesión del interprete a uno de los distintos proyectos políticos/ideológicos articulados jurídicamente. De manera que dependiendo de la forma y/o del “uso” que se haga del instrumental normativo, el operador judicial orienta/condiciona/cataliza políticamente los efectos de las crisis políticas, sociales e institucionales en una determinada dirección.

Desde el punto de vista interno de la magistratura, toda esta polarización - social, política y jurídica- ejerce una influencia tal que provoca, como fenómeno primero, la deshomogeneización de la “casta”, con crisis y rupturas dentro de su organización institucional. Además trae como consecuencia la radicalización de las tensiones teóricas e ideológicas y, a raíz de ello, otros problemas específicos de la organización judicial: los problemas de jerarquía y burocratización de la profesión, así como de la “proletarización” de estos profesionales (bajos sueldos, sobrecarga de trabajo, control jerárquico, etcétera), todo lo cual contrasta con la imagen que en otros tiempos les otorgaba una posición de elevado status social y de prestigio tanto en el medio social como político.

Por ello, no es fortuito que parte de la categoría encuentre su identidad ya no junto a la clase dirigente sino con el proletariado, asimilando su condición a la clase obrera y asumiendo una actitud defensiva y reivindicativa frente a la explotación de su fuerza/trabajo por parte del capital<sup>9</sup>.

[...]

Es, pues, a partir de la radical preeminencia del artículo 3 de la Constitución, y de los valores intrínsecos que éste implica, cuando la locución “alternativa” resulta doblemente cargada de sentido: como alternativa a la jurisprudencia y a los métodos teóricos tradicionales, y como alternativa político-cultural al sistema capitalista. Hay así una especie de circularidad, pues la jurisprudencia es “alternativa” en la medida en que también resulta “alternativo” el marco del sistema económico vigente que, tal como ya resaltamos, es primordial para la realización del principio sancionado en el artículo 3. De ahí que sea imposible separar en la jurisprudencia alternativa los componentes teórico-hermenéuticos de los político-ideológicos, dado que uno otorga sentido al otro y viceversa. El uso alternativo adquiere su pleno sentido sólo en cuanto entendido como una práctica que quiere instrumentar el derecho como arma política. Aquí también hay una

---

9    *Ibid.*, pp. 47 y ss.

duplicidad de sentido (algo maniqueísta) porque por un lado se critica la vinculación política del derecho y de su ciencia a los sectores dominantes y por otro, porque propone lo mismo cambiando sólo los destinatarios. Dicho de forma simplificada: si los sectores jurídicos conservadores usan el sistema jurídico para beneficiar a las clases dominantes, los juristas progresistas harán lo mismo a favor de las clases dominadas.

Pero para que se vea el peligro que encierra esta doctrina en cuanto con ella se puede caer en una interpretación totalitaria y fascista, la autora reproduce el pensamiento de Ferrajoli, cuando este autor profesaba en dicha escuela y D. Pulitano, quienes al respecto expresan la necesidad de no teorizar el método por los peligros que ello implica.

Dice lo siguiente sobre los mencionados autores:

... El uso alternativo del derecho, allá donde es posible, es para nosotros un problema político antes que teórico; y la discusión metodológica no nos debe hacer perder de vista el fin político” (Ferrajoli).

... La teorización puede ser contraproducente porque no puede llegar a justificarse, lógicamente, tal uso alternativo sin justificar el uso alternativo opuesto (...). El uso alternativo jurisprudencial es obra de prácticos pero no se puede buscar justificaciones teóricas porque, entonces, se ofrece un arma a quien, en teoría, está en mejor posición de usarla: o sea, la clase dominante (las subrayas son ajenas al texto). (...) Por otro lado, la teorización generalizante del uso alternativo eliminaría no sólo la certeza del derecho (que puede ser un mito), sino la misma previsibilidad del resultado, que, ofreciendo reglas de comportamiento, constituye un valor que no puede ser descuidado. Tampoco se puede ocultar que tales generalizaciones desvanecerían la relativa científicidad de la jurisprudencia, basada en la posibilidad de controlar el orden lógico seguido por el juez para llegar a sus conclusiones sobre las bases de su correspondencia con los parámetros de argumentación comunes<sup>10</sup>.

---

10 Ibid., p. 79.

## **9. Crítica a los postulados del Nuevo Derecho**

Del cuadro elaborado por López Medina no se puede afirmar que conforma una teoría coherente del derecho, ya que en sus postulados toma principios de la Teoría de los Principios de Dworkin y de la teoría del escepticismo ante las reglas. Lo que sucede es que en el fondo, para ambas doctrinas, el derecho escrito debe ser dejado de lado y el juez falla de acuerdo con la única solución correcta posible (Dworkin), así sea contrariando la norma escrita, o de acuerdo con la doctrina del uso alternativo del derecho de corte marxista que pide a los jueces no aplicar el derecho vigente ya que es producto de la clase dominante y que en su defecto aplique los criterios que le permitan hacer justicia en el caso concreto.

El problema terminológico es que en el derecho colombiano se ha identificado al Nuevo Derecho como todo aquel movimiento que pese a grandes diferencias de matices, aboga por un mayor activismo de la Corte Constitucional, para aplicar el derecho en contra del formalismo que según dicha escuela primó hasta antes de 1991 en Colombia.

Dicho lo anterior, tomaré uno por uno los diez puntos de comparación que hace el profesor López Medina para demostrar el alcance de su propuesta y cómo el postulado del Nuevo Derecho en Colombia no sería el de interpretar razonablemente las normas vigentes sino el de prescindir de ellas, salvo de la Constitución, o más concretamente de su artículo primero, pero interpretado por la Corte Constitucional.

Veamos, pues, cada uno de los paralelos elaborados por López Medina para diferenciar el derecho tradicional y el Nuevo Derecho.

- 1) Afirma el profesor López Medina que el derecho tradicional hace completa separación entre derecho y moral, mientras que en el nuevo derecho ambos conceptos se acercan. Esa afirmación es falsa como está planteada y resuelta. En efecto, es innegable que los imperativos morales no pueden ser coercitivos, ni exteriores al individuo, como sí lo es el derecho, y que por lo tanto nadie puede desconocer el derecho positivo vigente so pretexto de que su conducta se rige por sus reglas morales. De igual manera un

conflicto de intereses no se puede resolver exclusivamente a partir de principios morales del juez. Pero nadie niega que el derecho como tal tiene una gran carga de contenido moral, por lo menos en sus principios teleológicos, así en la práctica no lo consiga. Mejor dicho, es pensable la moral sin el derecho, pero no a la inversa. Un orden jurídico sin una convicción moral de su obligatoriedad por parte de los súbditos es insostenible a base de simple represión o coacción.

De otro lado, así el derecho y la moral se acerquen como lo afirma López Medina, es imposible que un caso concreto se resuelva dentro de un Estado de Derecho, con base en las reglas morales que el juez crea válidas, pues el juez está obligado a aplicar el derecho vigente, así vaya contra sus convicciones morales. Sólo en la medida en que se aplique el nuevo derecho, la moral del juez suplantará las normas y entonces todos los conflictos de intereses se resolverán de acuerdo con los principios morales del juez, pero ya no podremos hablar de Estado de Derecho, sino de “Estado de moral subjetiva de los jueces”, o si se prefiere de “Estado de derecho natural”.

En conclusión, López Medina al igual que muchos otros autores, identifica derecho y moral como criterio de interpretación, pero nada dice en cuanto a la moral como normatividad paralela al derecho positivo, que es justamente lo que niega el positivismo.

- 2) Sostiene el autor que en el derecho tradicional hay un deslinde entre la ley y la Constitución, pues ésta no es tomada en cuenta a la hora de interpretar la primera. Y que en cambio el Nuevo Derecho sostiene una relativa unidad e interpretación entre derecho constitucional y derecho privado, como corolario jurídico de una tesis de filosofía moral. Luego, afirma que la distinción entre espacio público y espacio privado, es un artificio del individualismo liberal que buscaba aislar de la crítica político – constitucional los circuitos de creación privada de riqueza y capital.

En cuanto a la primera afirmación, hay que decir que nunca el derecho privado ha estado deslindado del Constitucional, porque mientras la norma esté vigente, su constitucionalidad se presume sin perjuicio de que por

vía de excepción el juez declare la inconstitucionalidad de la norma. Otra cosa es que la Constitución no contenga en forma expresa los principios o derechos fundamentales, pero ello no significa que los mismos no existan, bien sea como consecuencia de una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico, bien sea como consecuencia de normas de contenido legal como sería el Código Penal, por ejemplo (de la prohibición de matar se deduce el derecho a la vida, o si se quiere, se podría inferir que la prohibición de matar existe porque con dicha prohibición se deduce el derecho a la vida, así éste no estuviera consagrado en la Constitución).

En cuanto a que según el nuevo derecho el espacio público es un artificio del individualismo liberal para aislar a los pobres de los circuitos de creación de riqueza y capital, se trata de una afirmación vaga y carente de sentido jurídico. Es más bien una proclama política contra los bienes comunes de los ricos y los pobres. Olvidó el autor que el artículo 82 de la Constitución del 91, paradigma del Nuevo Derecho, protege el espacio público y su destinación para el uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Y olvida también que buena parte de las tutelas de la Corte Constitucional han servido para desalojar del espacio público a los vendedores ambulantes que no tienen otra forma de subsistir que vendiendo cigarrillos y galletas en los semáforos. Finalmente, no entiendo lo que quiere decir el autor cuando afirma que el individualismo liberal mediante el espacio público, busca aislar de la crítica político – constitucional los circuitos de creación privada de riqueza y capital.

- 3) Afirma el profesor López que el derecho tradicional presume que la ley cumple y hace efectiva la Constitución, y que se prefieren reglas concretas que regulen los temas sobre los principios generales. Agrega que los casos jurídicos se resuelven mediante la aplicación de reglas legales específicas, ya que la Constitución rara vez influye en la decisión de los casos jurídicos concretos. Por el contrario, según el Nuevo Derecho, la ley frecuentemente viola la Constitución, ya que el proceso de promulgación legal presupone el triunfo de mayorías políticas, con frecuencia en violación de derechos de minorías no representadas políticamente. Por lo tanto, la Constitución tiene aplicación concreta en la solución de casos jurídicos. Además tiene preferencia sobre la ley a pesar de los niveles de generalidad que ambos

exhiben: un principio constitucional abstracto, sólo aplicable a través de un argumento interpretativo, puede triunfar sobre reglas explícitas y concretas que también pretenden regular la situación concreta.

Llegados a este punto, se ve con claridad que el Nuevo Derecho no está orientado por una interpretación razonable de las normas jurídicas vigentes y que sólo le interesa como fuente de derecho la Constitución, o mejor, la interpretación constitucional. Fuera de lo anterior, su idea de que las normas vulneran la Constitución porque en su formulación intervienen mayorías políticas, con frecuencia en violación de los derechos humanos, ya no es una argumentación lógica o apriorística, sino una apreciación sobre un hecho histórico que, pudiendo ser cierto, no es válido en una discusión demostrativa sobre cuál sea el derecho aplicable dentro de la lógica jurídica. Dicho de otra forma, el Nuevo Derecho lo que propone es que se desatiendan las normas por ser creadas por un parlamento que va contra las minorías, y que en su defecto, se apliquen principios constitucionales abstractos, es decir, que la Corte sea el legislador, lo que reafirma de nuevo que para esta corriente las leyes no tienen valor alguno en un sistema adecuado de Nuevo Derecho.

Lo que olvida el profesor López es que a los magistrados de la Corte Constitucional los elige el Parlamento que a él le produce tanta desconfianza. Con su mismo argumento uno podría afirmar que el Parlamento viola la Constitución al nombrar los magistrados de la Corte Constitucional, ya que esos nombramientos, al igual que las leyes, presuponen el triunfo de mayorías políticas que legislan en contra de las minorías. Uno no puede afirmar que las normas jurídicas violan la Constitución porque son hechas por un Parlamento que desconoce las minorías y que, en cambio, los magistrados de la Corte, nombrados por el mismo Parlamento, son los pro hombres que van a salvar a esas minorías desprotegidas.

Pero de otro lado, es bueno que las nuevas generaciones sepan que esta idea antiparlamentaria del profesor López Medina tiene su origen en el Nacional Socialismo basado en el pensamiento de Karl Schmitt, sólo que esta vez el profesor López Medina no se afana porque ese poder quede en

manos del Ejecutivo sino del Tribunal Constitucional. Pero en uno y otro caso, la solución atenta contra la democracia participativa al eliminar o disminuir hasta el mínimo posible el poder del Parlamento, para entregarlo a un grupo de personas que omnímodamente y basado en sus convicciones todo lo cambia a su antojo.

Veamos el comentario que la profesora María Del Carmen Barranco hace al comparar el pensamiento de Kelsen y Schmitt con respecto al parlamento:

Los distintos puntos de partida también conducirán a cada uno de estos autores a conclusiones distintas sobre la instancia adecuada para defender la Constitución. En el caso de Schmitt, el presidente del Reich es el sujeto competente para proteger la Constitución, dado que la defensa de la Constitución es, puntualmente, defensa de la unidad.

La figura del Parlamento como defensor es rechazada porque es precisamente del Parlamento de quien hay que guardar la Constitución. Más aun si se tiene en cuenta que se trata de la instancia política que se ha convertido en el escenario de un sistema pluralista, con lo que en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser el transformador de los intereses de partido en una voluntad que este por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas. La consecuencia es que, o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado, utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medios de asegurar su poder y aprovecha en todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso<sup>11</sup>.

¿No es acaso esa idea sobre el Parlamento (no sobre quien descansa el poder decisorio, en el que no cabe duda que López Medina piensa todo lo contrario a Schmitt) idéntica a la que propone el profesor López Medina

---

11 BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Derecho y decisiones interpretativas*. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p.118.

en el numeral 3 de su doble columna en la que compara el derecho tradicional y el nuevo derecho?

Y en lo que se refiere a la aplicación directa de la Constitución aún por encima de normas legales vigentes, entramos ya en el campo de la constitucionalización de la ley y la doctrina de que el juez debe inaplicar toda norma que viole en el caso concreto un derecho fundamental. Esa teoría tan bella e idealista en apariencia, resulta desmentida por casi la totalidad de los casos fallados por los jueces. A ella me referiré con ejemplos más adelante cuando aborde el problema de la constitucionalización del derecho privado.

- 4) El profesor López Medina, en su doble columna sobre el derecho tradicional y el Nuevo Derecho<sup>12</sup>, expone las siguientes diferencias:

<b>DERECHO TRADICIONAL</b>	<b>NUEVO DERECHO</b>
<p>4) La argumentación jurídica se centra en el concepto de adecuación o calificación típica. Se debe encontrar la regla legal específica que regula el tema: es fundamental aprender a distinguir qué tipo de contrato, o qué régimen de responsabilidad civil hay detrás de los hechos a ser juzgados. Una vez que se tiene la calificación correcta -este es un depósito irregular y no un contrato de mutuo, esto es actividad peligrosa y no responsabilidad con culpa, esto es extorsión y no estafa- las consecuencias jurídicas se siguen de manera lógica, inexorable, por aplicación de las normas que rigen la respectiva adecuación típica.</p>	<p>4) No se parte de la adecuación típica sino de la aceptación de la existencia de conflictos de derechos. El conflicto se resuelve sin acudir a textos positivos que regulan la integridad de la institución tipificada. Más bien, la argumentación jurídica se fundamenta en el concepto de balance de derechos, fundada en lógicas discursivas menos lineales.</p>

12 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho..., Op. cit., p. 191.

Detengámonos acá con calma, porque este es el verdadero peligro de su teoría. Aquí precisamente se demuestra que no se puede identificar la interpretación razonable que yo acepto y defiendo, con el Nuevo Derecho o derecho alternativo que López nos describe. Dentro de esa misma línea de argumentos, no se entiende cómo el autor mete en el mismo costal del antiformalismo la interpretación razonable con el sistema de la abolición de las normas jurídicas (es aquí donde radica la principal diferencia entre el profesor López y el suscrito). La interpretación razonable parte del supuesto de la aceptación de las normas, mientras que en la segunda teoría, que finalmente es la que el profesor López acepta, se propone no tener en cuenta el mundo normativo vigente.

Si esa es una de las diferencias que el autor encuentra entre el derecho tradicional, no tengo duda en afiliarme a este último, así se me señale de cavernícola o reaccionario, advirtiéndome que dentro del derecho tradicional no están solamente los exégetas o partidarios del método gramatical, a quienes el profesor López llamaría formalistas. Existimos otros que pensamos que, a partir de Dilthey, el concepto de interpretación permite que el contenido literal de una norma pueda tener varios significados, de entre los cuales el juez justo encontrará el que más convenga sin desatender la norma. O siendo ambigua la norma, habiendo lagunas normativas o normas contradictorias, se acuda a los principios generales como lo admite Dworkin. El error del doctor López consiste en permitir sólo dos extremos posibles: o la interpretación gramatical o la abolición de las normas como se deduce del párrafo que vengo de reproducir. La interpretación razonable, a veces gramatical, a veces no, dependiendo de la claridad de la norma, como él mismo lo acepta, existe en Colombia sin interrupción desde 1.936 hasta la fecha. Baste sólo con citar la responsabilidad de las personas jurídicas, la posesión inscrita, la responsabilidad por el hecho de las cosas del artículo 669 del Código Civil, la corrección monetaria en contra del nominalismo riguroso del mismo Código, la indemnización de los daños a la vida de relación, interpretaciones que no fueron elaboradas por la Corte Admirable de 1.936 - 1.940. En todas ellas se verá que el juez, sin salirse de la norma, la integra dentro del sistema y profiere una solución justa.

- 5) Pero pasemos ahora a lo que del Nuevo Derecho, en relación con la tipificación normativa, afirma López; pues no cabe duda alguna de que para él esta corriente consiste en dejar de lado los textos positivos y más bien acudir a la argumentación jurídica, fundamentada en lo que él denomina, en términos que por mi ignorancia no entiendo, “concepto de balance de derechos, en lógicas discursivas menos lineales”. En esa tesis López Medina, bien explicada, muestra lo que he venido sosteniendo en contra del Nuevo Derecho. Para el Nuevo Derecho, según la descripción del profesor López, el ideal es borrarle todo límite al juez constitucional.

Que me perdone el profesor López, pero no veo cómo sea capaz de criticar el derecho privado tradicional y como resolvería él como juez un litigio por el no pago del precio de una vaca, o por el no pago de un cheque, o el desconocimiento de una paternidad, o la repartición de una herencia, o los derechos de los socios en una sociedad, o como regular un negocio en que una persona adquiere un seguro y no paga la prima o la aseguradora no paga el siniestro, ni como manejaría un juez el concepto de prescripción. Tampoco imagino al profesor López oficiando de juez penal o de defensor del apesado, porque sindicado no puede haber sin tipicidad, sin código penal a la mano, criticando al abogado tradicional porque analice o discuta si un delito es de estafa o de extorsión, olvidando que el derecho de defensa supone que los delitos estén tipificados previamente según lo establece el artículo 29 de la Carta del 91, que tanto defiende. Y que a renglón seguido afirme que el Nuevo Derecho no parte de la adecuación típica, y que el conflicto se resuelve sin acudir a textos jurídicos positivos que regulan la integridad de la institución tipificada. Por favor, le suplico al doctor López o a sus seguidores que me expliquen cómo procesarían o llamarían a juicio al sindicado sin resolver previamente de qué delito se le acusa, si según el Nuevo Derecho se debe prescindir de la tipificación previa.

El doctor López y yo como catedráticos, y ustedes como profesores o estudiantes de derecho penal, podríamos hacer un ejercicio simulado donde el profesor López oficie de juez, frente a un sindicado (¡ahora dirán que sea yo!) que mediante engaños o amenazas se quedó con el dinero de otro, en forma ilícita, pero cuya conducta, según el ilustre filósofo, no se debería tipificar. El profesor López se encargaría de decirnos cómo se le

garantizarían al sindicato los derechos de defensa que consagra la Constitución. Y al mismo tiempo nos diría la forma como el abogado defensor plantearía la defensa si no hay acusación de un delito en concreto, siendo el juez quien, acudiendo a la argumentación jurídica fundamentada en el concepto de balance de derechos, resuelva la situación del sindicato. Les juro que si el experimento sale bien, yo me volveré partidario del Nuevo Derecho y renegaré de los códigos.

- 6) Así planteadas las diferencias entre derecho tradicional y Nuevo Derecho, es forzoso concluir que este último es la negación total del Estado de Derecho, pues éste y su principio de legalidad correlativo consisten en que los individuos tengan reglas jurídicas previas a sus comportamientos, así no sean lo claras que uno desearía, y así se acuda a diversos métodos de interpretación para hallar la solución correcta o justa, y si en materia de derecho penal el Nuevo Derecho no parte de la adecuación típica, hay que recordar que con tesis semejantes se fue modificando el derecho penal en Alemania en la época del nazismo, lo que permitió el holocausto que todos conocemos. ¿Imagina el lector un régimen de extrema derecha o izquierda, con una Corte adpta, inventando tipos penales que sólo existen en la mente y en los objetivos del déspota de turno? Yo me niego a creer que haya en la actualidad algún jurista, distinto del profesor López Medina, que acepte que el principio de legalidad en materia penal deba desaparecer para dar paso a la libre apreciación del juez en cada caso concreto.

Pero siendo prácticos, si seguimos la doctrina del Nuevo Derecho, ¿qué sentido tiene que unos estudiantes a quienes se les mete por boca y nariz dicha teoría, estudien códigos durante cinco años, si finalmente el Nuevo Derecho reinante impide que se apliquen, pues se debe fallar con otros paradigmas que sólo los iniciados en la escuela ahora dominante conocen para decidir los casos?

Ahora, la contradicción del Nuevo Derecho es evidente cuando pide que no se tengan en cuenta los textos legales y que se falle con otros criterios, mientras que en otro de sus capítulos defiende a capa y espada la teoría del antecedente creado por la Corte, respaldado en la doctrina constitucional obligatoria. De dos cosas una: o sólo se deben respetar

formal y literalmente las jurisprudencias obligatorias de la Corte –y entonces volveremos al estado del formalismo que el autor tanto deplora, pues se cambian las leyes por las interpretaciones obligatorias de la Corte Constitucional, resultando más conveniente hablar del tribunal de los nueve justos, sin que pueda decirse que en Colombia existe Estado de Derecho, si es que por tal entendemos la preexistencia de las normas que rigen los derechos y obligaciones de los súbditos–, o bien esos textos tampoco deben ser respetados como ocurre con los códigos, incluido el penal, según su teoría, y entonces carece de sentido que gastemos tanto tiempo y energía defendiendo una doctrina (la del precedente), que se destruye fatalmente con la teoría del Nuevo Derecho. No olvidemos que el precedente rige como principio general de fuente de derecho en los países anglosajones y, en consecuencia, los partidarios del Nuevo Derecho de esos países pregonarían el no cumplimiento del precedente. El Nuevo Derecho no es sólo para el derecho escrito, pues los creadores de esa escuela, algunos de los cuales son americanos, defienden la inaplicación de las fuentes formales, que allá son los precedentes. Se me ocurre una idea, ahora que estamos rompiendo paradigmas empolvados: ¿por qué no suprimimos los códigos y ponemos a todos los jueces a fallar con los parámetros propuestos por el Nuevo Derecho y a la interpretación constitucional vigente en Colombia? Así ganaríamos tiempo, dinero y tendríamos una verdadera justicia. Adicionalmente sobrarían los abogados y las facultades de derecho.

También podríamos cerrar el Congreso, pues según el López Medina las leyes violan la Constitución porque son hechas por mayorías que desconocen los derechos de los débiles, y porque además, las normas no se utilizan para resolver el caso concreto sino que se debe acomodar a otros paradigmas. ¿Qué sentido tiene entonces legislar?

- 7) De otro lado, los que defienden el precedente constitucional obligatorio, padecen de una ilusión sin fronteras, porque olvidan que esa sentencia que sirve como precedente obligatorio, necesariamente es un objeto de interpretación, como lo es todo texto que el hombre haya elaborado. Sueño vano querer que se rompan todos los paradigmas de interpretación, pero que se exija la aceptación de la doctrina constitucional obligatoria, como

si ella fuera clara e infalible, es decir ininterpretable, dízque para que se garantice el derecho de igualdad, como afirma el profesor Rodolfo Arango. ¿Quién dijo que la Corte Constitucional no profería doctrinas equivocadas, ambiguas, contradictorias y con vacíos?

Si ustedes tuvieran un hijo que decide estudiar Derecho bajo la condición de que sean ustedes sus profesores, ¿qué materias le enseñarían, si como afirma el Nuevo Derecho no debe atenerse a las tipificaciones de los códigos? Se me ocurre que lo correcto sería educarlos sólo en interpretación constitucional, pero no enseñándoles el texto de la Carta Política pues ésta puede ser desconocida a partir de principios supraconstitucionales, según veremos más adelante, sino la Constitución que en sus mentes tienen los magistrados, pues según nos lo hicieron saber en una de sus providencias, entre la Carta Política y la Corte no cabe una hoja de papel. Lo que equivale a decir que “la Constitución somos nosotros”, de donde se deduce que como Estado y Derecho son lo mismo, podrían afirmar de ahora en adelante que “El Estado somos nosotros”. Lo mejor sería entonces llevar a su hijo donde los magistrados de la Corte para que, reviviendo el colegio apostólico, durante cinco años le enseñen a su muchacho en qué consiste “la argumentación jurídica fundamentada en el concepto de balance de derechos, fundada en lógicas discursivas menos lineales”, como se dice en el paralelo que hace López Medina en *El derecho de los jueces*.

- 8) Hecha la aclaración, pienso que el ideal del derecho escrito consiste en que las normas, cuando sea posible o necesario, no se interpreten gramaticalmente, sino de acuerdo con las necesidades de justicia en el caso concreto, pero sin cambiar la norma vigente por el criterio que el juez considere justo aplicar. Aunque poco a poco muchos de los adherentes iniciales de dicha escuela fueron admitiendo la necesidad de respetar las reglas y no sólo los principios, la verdad es que la esencia de ella radica en sacrificar las normas, para fallar con base en un ideal de justicia del caso concreto.
- 9) Para el derecho tradicional, según López Medina la retórica judicial subraya el papel de la seguridad jurídica, mientras que para el Nuevo Derecho la retórica judicial subraya el papel de la justicia substantiva.

De nuevo caemos en el campo del estado idílico del derecho natural, donde el juez prescinde de las normas previamente establecidas, para en su lugar resolver con justicia el caso concreto. Pero a esta utopía podemos hacerle las siguientes críticas:

De un lado, la defensa del precedente obligatorio que tanto cautiva al profesor López Medina está basada en el argumento de que la justicia debe ser igual para todos y por lo tanto su misión es la seguridad jurídica fundamento del Estado de Derecho. Así las cosas ¿si el antecedente obligatorio de la Corte va contra lo que el juez considere justo en el caso concreto, podrá éste ignorarlo y fallar conforme a sus principios generalísimos de que nos habla el autor en el paralelo? El precedente del derecho anglosajón es el fundamento de la democracia moderna y del Estado de Derecho que necesariamente se funda en la seguridad jurídica. No hay un solo Estado social o liberal de derecho en el mundo entero, salvo en Colombia, donde la seguridad jurídica deje de importar para que se resuelva en justicia el caso concreto. No sobra agregar que por seguridad jurídica no podemos entender la represión estatal ni la aplicación literal de la ley escrita, sino la certeza aproximada de las normas que le serán aplicables a los miembros de la sociedad ante un futuro comportamiento con efectos jurídicos.

¿Qué sentido tiene para ustedes como profesores y alumnos aprender y enseñar unos códigos cuya aplicación es incierta porque el Nuevo Derecho lo que propone no es la aplicación cierta de esas normas, sino la solución justa del caso concreto? De igual manera, ¿quién montaría un negocio o iniciaría una carrera universitaria si no sabe de antemano las normas que con seguridad van a regir su actividad? ¿se someterían ustedes a que se les diga que no se preocupen por la seguridad jurídica que en caso de conflicto se aplicará una solución justa no prevista en las normas? ¿sería posible la inversión pública y privada, así fuera en Cuba o en Venezuela, si no existiera seguridad jurídica sino un juez que resolviera los conflictos con base en unos principios que sólo él conoce?

Aquí es bueno recordar que el Estado de Derecho y la seguridad jurídica suponen un mínimo de injusticia dada la generalidad de la ley, pero ese

daño es mucho menor que aquél que se presentaría si no existieran el Estado de Derecho y la seguridad jurídica, pues en este último caso, las injusticias serían infinitamente más numerosas como lo demuestra la historia. Inclusive, para esos casos marcadamente injustos, la equidad permite por vía de excepción inaplicar la ley vigente. Que no digan que son partidarios y defensores del Estado de Derecho quienes no aceptan que los individuos sólo son libres y viven en democracia si disponen de unas normas previas que les den la seguridad jurídica de sus derechos y de sus obligaciones, pues de lo contrario su vida estaría pendiente de la voluntad del príncipe, en este caso el juez.

El derecho tradicional prefiere la expedición de normas jurídicas específicas, que regulen situaciones jurídicas concretas. Los vacíos y las ambigüedades se conciben como errores del legislador. En cambio, para el Nuevo Derecho, en lugar de reglas específicas de conducta, se prefiere la adopción de estándares o principios que, enunciando una regla generalísima, dejan su adecuación concreta a un juicio prudencial del intérprete y no a la capacidad de previsión del legislador.

Llegados a este punto del paralelo creo que ya a nadie le queda duda de que el profesor López Medina no quiere saber nada del legislador que sea diferente del juez, ojalá el Constitucional. Es evidente que, como lo dije en los dos artículos publicados en el periódico *Ámbito Jurídico*<sup>13</sup>, su antiformalismo no se refiere a la interpretación laxa y razonable de la ley, pero sin desconocerla, sino a la prescindencia de ataduras normativas que permitan a unos jueces mesiánicos de derecho natural, aplicar sus propias convicciones morales con respecto a cada conflicto de intereses.

Aunque no lo dice expresamente, cuando López Medina afirma que mientras el derecho tradicional prefiere a la seguridad jurídica, el Nuevo Derecho prefiere la justicia substancial, en el fondo está mostrando su indiferencia ante la seguridad jurídica si de lo que se trata es de aplicar justicia verdadera. Esta doctrina existió en las épocas más nefastas y oscuras

---

13 *Ámbito jurídico*. No. 177 y 181. Bogotá: Legis, mayo y julio de 2005.

de la y humanidad y sólo el modernismo, al establecer el principio de legalidad, consiguió que se terminase la pesadilla de aquellos que mediante el pretexto de los jueces justos de derecho natural, los fundamentalismos religiosos, o los opresores económicos e imperialistas, borraron de la faz de la tierra culturas enteras. Al jurista que sienta indiferencia por el principio de legalidad y por la seguridad jurídica se le debería prohibir auto incluirse entre los partidarios de la teoría del Estado Social de Derecho, para que en su lugar se le inscriba entre los partidarios del Estado mesiánico de derecho natural.

En este punto es de tenerse en cuenta que tomado en abstracto el pensamiento del profesor López, es impecable si se aplica a uno que otro caso en forma individual o en sociedades tribales pequeñas y homogéneas. Pero en sociedades complejas donde la organización del poder está sometida a las más bajas pasiones de quienes lo detentan, el pretexto de la justicia substantiva en lugar del principio de seguridad jurídica se torna en una utopía.

Finalmente, el maniqueísmo del profesor López Medina no se agota, pues para él el principio de seguridad es contrapuesto a la justicia substantiva. Es decir que según él quien defienda el Estado de Derecho y la seguridad jurídica que es lo mismo, no tiene interés en la justicia substantiva, como si los diversos métodos de interpretación y la ley misma no tuviesen una pretensión de justicia. ¿Será que el tipo penal de homicidio fruto de la seguridad jurídica, es por ese solo hecho injusto? No se puede construir toda una sugestiva teoría a costa de la manipulación de las ideas contrarias. Recuerde que en defensa de las tesis de López Medina, él mismo analiza la obra del profesor Recasens Siches, quien sin renegar de la seguridad jurídica, construye toda una teoría del derecho positivo compatible con la justicia substantiva. ¿Qué sentido tiene, pues, contraponer la una frente a la otra?

- 10) Según Lopez Medina, para el derecho tradicional prevalecen como valores públicos la continuidad y el orden social, mientras que para el Nuevo Derecho lo que interesa es el cambio social y la justicia distributiva como valores políticos prevalentes.

Esta es otra equivocación del Nuevo Derecho, pues como ya lo había afirmado yo en un artículo anterior<sup>14</sup>, la teoría del Nuevo Derecho, en la medida en que su tesis central es que el juez constitucional no esté amarrado al mundo normativo y a la seguridad jurídica, puede utilizar esa libertad creadora de derecho para organizar, bien sea un régimen de extrema derecha o de extrema izquierda. Con los mismos tipos abiertos, incluido el del Estado Social de Derecho, una Corte adepta al gobernante de turno puede avalar la más brutal represión, bajo el argumento de que mientras no haya un mínimo de seguridad previa, el Estado Social de Derecho es irrealizable. Igualmente, una interpretación de una Corte de idearios nazistas puede restringir la libertad de expresión porque en la ponderación de derechos y de principios, considere que hay que proteger el derecho a la intimidad y a la seguridad, valores tan caros para un Estado Social de Derecho. Y no es imposible que se legitimen los grupos de autodefensa bajo el pretexto de que ante la falta de presupuesto el Estado no tiene cómo controlar el orden público, debiendo permitir que los ciudadanos se organicen en grupos de defensa, como los legitimó la Corte de bolsillo que mantuvo en el poder durante años a Fujimori en el Perú. Pero también puede suceder que una Corte opuesta al gobierno de turno legítimamente elegido, le imposibilite gobernar, bloqueándole todas las leyes de su programa político mayoritariamente aceptado por los electores.

Al parecer, al Nuevo Derecho le interesa estar por encima de todo formalismo jurídico, pero siempre y cuando con él se haga una redistribución de la riqueza y se les brinden mayores oportunidades a los débiles y desposeídos. Sin embargo, eso es ya un programa político que se pretende cristalizar por medio de una Corte Constitucional socialista y sin cortapisas. Si la Corte actual fuera de derecha, el Nuevo Derecho sería detestable para López (mucho me temo que ya no haya tanto elogio de su parte para la actual Corte), pues con la abolición de las normas y el excesivo poder de una Corte con las facultades que ahora se arroga la colombiana, las libertades se vendrían al suelo. Pero como tiene (no sé si piense lo mismo después de aprobada la reelección y la ley de garantías) una Corte

---

14 Ibidem.

que comparte sus ideales de justicia utópica, entonces es partidario del Nuevo Derecho.

Prueba de lo anterior es que en el último artículo de *Ámbito Jurídico*<sup>15</sup>, el profesor López afirma que no todo puede ser antiformalismo, pues en determinados casos, el formalismo se impone, lo que demuestra que su posición antiformalista no es una teoría jurídica sino una teoría del poder, es decir, un manual de acción política para tomarse el poder por medio de los jueces como pretendió hacerlo la corriente del uso alternativo del derecho en Italia, con el fracaso estrepitoso ya explicado. El autor es antiformalista para derogar las normas que no le gustan y formalista para proteger las que convienen a sus idearios. Plantea como ejemplo el siguiente: en una legislación sobre allanamiento de domicilios, él sería *reglamentarista* y formalista, y sospecha, dice él, que yo sería antiformalista. Además, y esto lo digo en tono humorístico, de entrada me señaló de derechista, porque según él yo en ese caso sería antiformalista, pues sospecha cuál sea mi ideario político.

En la respuesta que le tenía preparada, pero que no se publicó por acuerdo entre los dos y el editor, le planteaba este ejemplo: si los dos sabemos que en un caserío cuyos moradores están de vacaciones hay una bomba puesta por los paramilitares o la guerrilla, que estallará dentro de una hora y destruirá dos manzanas a la redonda, yo, aunque no tenga la posibilidad de pedir autorización a sus moradores para ingresar, como lo exige la Constitución, pues todos ellos se encuentran de viaje, no tendría inconveniente alguno en ingresar a todos esos domicilios así me digan antiformalista total. No sé que haría el profesor López.

Pero fuera de lo anterior, olvida el Nuevo Derecho que en numerosos países se han logrado marcados avances sociales con lo que el profesor López denomina como derecho tradicional (de hecho los principales teóricos de la escuela del uso del derecho alternativo en Italia, entre ellos nada menos que Ferrajoli, desertaron de ella porque se dieron cuenta que sin desconocer

---

15 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Los conceptos de "formalismo" y "antiformalismo" en teoría del derecho. En: *Ámbito jurídico*, No. 181. Bogotá: Legis, julio de 2005. p. 19A.

el derecho normado y vigente se podían alcanzar mayores logros que los que ellos buscaban con su antiguo postulado de desconocimiento de las normas). En Colombia, el gobierno de López Pumarejo, introdujo grandes reformas legislativas y constitucionales a través del Parlamento, sin necesidad de desconocer sus normas y sin necesidad de perturbar el orden social. Y en Chile, con un gobierno socialista se han hecho grandes reformas sociales sin necesidad de implementar el Nuevo Derecho. Antes por el contrario, lo que ha permitido un desarrollo sostenido ha sido la seguridad jurídica hoy ausente en los países más pobres de América Latina. Y para mencionar sólo un caso extremo: China y Vietnam han logrado en la última década una mejoría sustancial del ingreso de la población, pero para ello tuvieron que implementar unas normas fijas y seguras, pues de lo contrario nadie habría invertido allí un centavo.

- 11) Dice el profesor López que el derecho tradicional pregona un Estado pequeño para la defensa de las libertades individuales clásicas y para la garantía de la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Para el Nuevo Derecho se facilita la intervención estatal en los circuitos de redistribución de la riqueza como elemento necesario de una sociedad bien ordenada.

De nuevo el maniqueísmo rampante: que me diga el doctor López cuál Estado conoce él, donde haya existido una adecuada distribución de la riqueza como consecuencia de haber prescindido del principio de seguridad jurídica, del derecho normado, y en el que no se hayan protegido la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Las comparaciones del profesor López son imposibles porque se refieren a conceptos que al compararlos no son excluyentes.

Otra vez, el profesor López confunde su ideología política con la teoría según la cual el juez debe desatender los tipos jurídicos y fallar de acuerdo con principios generalísimos. Con toda su concepción sobre la capacidad decisoria del juez, sobre todo de la Corte Constitucional, si ésta fuera de derecha podría propiciar la concentración de la propiedad en unos pocos, proteger aún más las libertades clásicas y asegurar la vida, honra y bienes. Sólo basta tener los poderes legislativos que ahora se arroga la Corte nuestra, y adiós distribución equitativa de la riqueza.

Por eso no me cansaré de insistir en que el Nuevo Derecho constituye una especial aplicación del derecho. Y ese método es muy peligroso porque sirve para legitimar un despotismo de extrema izquierda o de extrema derecha. La lucha mía en este escrito no consiste en defender una determinada ideología económica, sino en defender la seguridad jurídica, pilar fundamental del Estado de Derecho; eso sólo se logra con una legislación más o menos previsible, que no dependa de la voluntad del tribunal constitucional.

De otro lado, aunque detesto el imperio de las transnacionales, constato de todas formas, que gobiernos socialistas como los de España, Alemania y Francia, han logrado enormes avances económicos reduciendo el tamaño del Estado e introduciendo un modelo neoliberal, que yo tampoco comparto por lo salvaje que se puede volver si no se le controla. En cambio, el gigantismo del Estado quebró en la década de los 90 economías enteras y nunca hubo la pretendida distribución de la riqueza, sino más bien la concentración o el saqueo de la misma. De otro lado, el fracaso económico del comunismo fue su gigantismo estatal en su afán de redistribuir la riqueza y desproteger la vida, honra y bienes de los que no eran sus adeptos.

En Alemania y en España, que son los dos modelos constitucionales en que se apoyan nuestros constitucionalistas, los órganos del poder tuvieron que disminuir la seguridad social porque las cargas económicas estaban dejando sin pensiones de vejez a las próximas generaciones. Actualmente en esos países el Estado Social de Derecho, desde el punto de vista económico y de protección de los pobres, no tiene la misma intensidad de hace una década, simplemente porque los recursos se acabaron por una época de bonanza mal calculada. De hecho, eso mismo arruinó los países comunistas, lo que los obligó a un cambio radical de sistema político.

Además, las nuevas formas de economía política han logrado una mayor eficiencia en la distribución del ingreso a partir de regulaciones impositivas. El socialismo actual abomina los Estados gigantes y prefiere burocracias tan pequeñas como sea posible, con economías de mercado fuertemente intervenidas en las cargas fiscales, logrando así la igualdad real mediante la redistribución del ingreso.

- 12) Dice el profesor López que el abogado enreda las cosas en el derecho tradicional, mientras que en el Nuevo Derecho se utiliza el derecho constitucional como mecanismo de reivindicación de derechos.

Creo que en cualquiera de los dos sistemas los abogados enredamos las cosas. Pero no es menos cierto que si en alguna parte la solución de conflictos se logra extrajudicialmente y los consumidores están protegidos, es en los sistemas de derecho seguro o tradicional, con esquemas capitalistas. El derecho americano es paradigma en ese sentido y allá no se aplica el Nuevo Derecho.

Pero aquí la lógica vuelve a brillar por su ausencia: ¿qué tiene de contradictorio que los litigios se resuelvan todos acudiendo al derecho constitucional como mecanismo de reivindicación de derechos y la existencia de abogados?

Fuera de lo anterior, detrás de este planteamiento del profesor López Medina subyace una idea tan antidemocrática que no era ni siquiera imaginable en la inquisición. Es su fobia por los abogados. No voy a efectuar su defensa oficiosa (la de los abogados) ni la mía propia. Pero si se lee con despacio el parangón que en este punto hace el profesor López se verá que lo que él desea es un tribunal constitucional sin códigos y sin abogados. ¿Se imagina el lector una sociedad como la colombiana, sin códigos ni abogados, sometiendo todos los conflictos de la vida diaria a lo que los jueces digan que dice el derecho constitucional, que en Colombia no es el que establece la Constitución escrita sino el que deciden los magistrados de la Corte?

- 13) Para el Derecho tradicional, según nos lo explica el profesor López Medina, el juez se limita a adjudicar derechos porque es la voz de la ley, y no se mete en la ejecución o administración de sus fallos. En cambio, en el Nuevo Derecho el juez interviene en la ordenación y administración del gasto público.

Lo que faltaba para tener el poder total y omnímodo. Aquí se cerró el círculo, pues la Corte no sólo ignora al Parlamento, sino que también

administra el gasto público. Es decir, el Estado entero es la Corte Constitucional, pues ella crea la ley, la aplica y finalmente decide qué se hace con el presupuesto. Tres poderes distintos en manos de mesías de derecho natural, uno de los cuales hoy es candidato a la Presidencia de la República, con un programa de gobierno apoyado en sus decisiones judiciales, basadas ellas en teorías por él desechadas durante los treinta años que le sirvieron para defender como un cruzado el positivismo kelseniano. De hecho, la Corte ya ha dictado varios fallos ordenándole al Ejecutivo hacer determinadas obras y dándole instrucciones para administrar el presupuesto público, de acuerdo con sus pautas. Excelente tribunal cuando está de acuerdo con la ideología política de uno. Pero despotismo ilustrado para quienes no estén de acuerdo con la ideología del Supremo Tribunal. Eso es lo que acaba con un Estado de Derecho.

¿Cuál es el Estado Social de Derecho que defiende el profesor López Medina si para él sobran los abogados y todo se debe resolver con el derecho constitucional; los jueces no deben guiarse por el derecho positivo vigente, no tiene que someterse a la seguridad jurídica, administra y ejecuta el presupuesto? ¿eso que el autor desea para los jueces, aniquilando al ejecutivo y al legislativo, no era lo que quería y logró Karl Schmitt pero entregándole todos esos poderes al Führer?

## Conclusión

Para concluir, insisto en que lo detestable del Nuevo Derecho no es que suponga un sistema político y jurídico basado en principios de centro izquierda como lo propone el profesor López, sino el peligro de que el poder judicial haga y deshaga con la Constitución sin control alguno, pues supongo que, en un viraje de esos que de repente se producen en América Latina, cuando tengamos una Corte de extrema derecha, legitimando a un gobierno represor, los defensores del Nuevo Derecho no podrían salir a decir que el Nuevo Derecho sólo da facultades creadoras de derecho a las Cortes de izquierda, pues yéndoles muy bien, como mínimo, se reirán de ellos.

## **Bibliografía**

- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. Derecho y decisiones interpretativas. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- DE SOUZA, María Lourdes. El uso alternativo del derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, Bogotá: Legis, 2000.
- \_\_\_\_\_. Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_. Los conceptos de “formalismo” y “antiformalismo” en teoría del derecho. En: *Ámbito jurídico*, No. 181. Bogotá: Legis, julio de 2005. p. 19A.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El Derecho y la Justicia. Madrid: Edición y recopilación de Ernesto Garzón Valdés-Francisco J. Laporta, Trotta, 2000.

