

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR
INSTITUTO PEDAGÓGICO RURAL “GERVASIO RUBIO”

***“VIEJO DERECHO” Y “NUEVO DERECHO” ÍNSITO EN LA TAREA
PEDAGÓGICA UNIVERSITARIA Y JURISPRUDENCIAL***

Simbolismos en los aconteceres de formación jurídica

Proyecto de Tesis para optar al Grado de Doctor en Educación

Autor: Álvaro Camargo Solano
Tutora: Lucila Gutiérrez Moros

Rubio, Junio 2016



UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR
SECRETARÍA

C-015824

ACTA

Reunidos el día miércoles, veintinueve del mes de julio de dos mil dieciséis, en la sede de la Subdirección de Investigación y Postgrado del Instituto Pedagógico Rural "Gervasio Rubio", los Doctores: CARMEN RINCÓN, MADA VELANZAR, JOSÉ CEGARRA, CARLOS ELIAS ALVARADO, LUCILA GUTIÉRREZ (TUTORA), Cédula de Identidad Número V-1.009.322, V-9.467.000, V-6.352.766, N-42.423.147 y V-1.583.082, respectivamente, Jueces designados de conformidad con el Artículo 125 del Reglamento de Estudios de Postgrado Convenciones a Titulos Académicos, para evaluar la tesis Doctoral Títulos: "VIENE DERELIJO" Y "NUEVO DERELIJO" INITO EN LA TAREA PEDAGÓGICA UNIVERSITARIA Y JURISPRUDENCIAL, SIMBOLIZAMOS EN LOS ACONTECIDOS DE FORMACIÓN DESDE SUS ACTORES", presentada por el participante CAMARGO SOLANO ALVARO, Cédula de Identidad N° V-9.131.953, como requisito parcial para optar al título de Doctor en Educación, ocasión de conformidad con lo estipulado en los artículos 112 y 113 del Reglamento de Estudios de Postgrado de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador el siguiente veredicto: APROBADA, SE ESTUDIO ES RELEVANTE DADA LA RIGOROSIDAD TÉCNICA, METODOLÓGICA E INTERPRETATIVA SOBRE EL ACONTECER DEL NUEVO DERECHO EN LA PEDAGOGÍA JURÍDICA UNIVERSITARIA, SE SIGUE SU PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN, en fe de lo cual firmamos:

Carmen Rincón Contreras
DR. CARMEN RINCÓN
C.I.N.V. - 1.009.322

Mada Velanzar
DR. MADA VELANZAR
C.I.N.V. - 9.467.000

José Cegarra
DR. JOSÉ CEGARRA
C.I.N.V. - 6.352.766

Carlos Elías Alvarado
DR. CARLOS ELIAS ALVARADO
C.I.N.V. - 9.428.147

Lucila Gutiérrez
DR. LUCILA GUTIÉRREZ
C.I.N.V. - 1.583.082
TUTORA

AGRADECIMIENTOS

A Doña ROSAURA, mi madre quien me enseñó las primeras letras.

A ROSALBA mi hermana quien terminó mi formación.

A CLAUDIA quien trabajó conmigo en esta tarea.

A ROSAURITA, el amor de mi vida.

A mi profesora LUCILA mi tutora, quien con su sabiduría logró darle fuerza conceptual a este trabajo.

Y a mis HIJOS.

INDICE GENERAL

	pp.
LISTA DE CUADROS	iv
LISTA DE GRÁFICOS.....	v
RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
 I MARCO ONTOEPISTÉMICO.....	 5
El objeto de estudio. Su problematización.....	5
Objetivos.....	13
Justificación de la investigación.....	14
 MARCO TEORICO.....	 16
Antecedentes del estudio.....	16
Bases teórico-conceptual.....	20
La Educación Jurídica actual.....	20
La Jurisprudencia como fuente del ordenamiento jurídico.....	25
Derecho laboral, derecho procesal.....	29
El “Nuevo Derecho” una alternativa de reajuste jurídico.....	31
Colombia como Estado Social de Derecho.....	36
Las Representaciones sociales y el <i>nuevo derecho</i> en Colombia.....	38
 II MARCO METODOLOGICO.....	 43
Diseño de la investigación.....	43
Contexto epistémico de la metodología.....	43
Método de recogida de información: Teoría Fundamentada.....	43
Dispositivos para la recolección de datos.....	44
Escenario de estudio e Informantes.....	45
Técnica y Procedimiento para la Organización y Análisis de la Información.....	48
Credibilidad y Fiabilidad.....	48
 III LOS HALLAZGOS.....	 51
Dimensión Información (Lo sabido).....	52
Dimensión Campo de Representación (La imagen).....	72
Dimensión Actitud (La disposición).....	84
 CONCLUSIONES.....	 119

REFERENCIAS.....	127
ANEXOS.....	
A. Formato Consentimiento del entrevistado.....	132
B. Formato de Codificación descriptiva.....	133
C Gráfica de Codificación Axial, 1 y 2.....	135
	146
CURRICULUM VITAE DEL INVESTIGADOR.....	149

LISTA DE CUADROS

CUADROS

		pp.
1	Cuadro 1. Instalación del nuevo sistema jurídico. López Medina (2006)...	34
2	Cuadro 2. Informantes claves estudiantes, Universidad la Gran Colombia	46
3	Cuadro 3. Informantes claves docentes, Universidad la Gran Colombia	47
4	Cuadro 4. Informantes claves funcionarios judiciales de la Rama Judicial de Colombia.....	47

LISTA DE GRÁFICOS

		pp.
 GRÁFICO		
1	Grafico 1. Propuesta de aplicación del constructivismo pedagógico al derecho. González (2012).	24
2	Grafico 2. Relaciones establecidas entre las categorías emergidas en la dimensión Información (Lo Sabido)	67
3	Grafico 3. Relaciones las categorías emergidas en la dimensión Campo de Representación (Imagen).....	81
4	Grafico 4. Relaciones las categorías emergidas en la dimensión Actitud (lo percibido).....	96
5	Gráfico. Sentencias emitidas por la Corte Constitucional.....	100

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR
INSTITUTO PEDAGÓGICO RURAL “GERVASIO RUBIO”

Línea de investigación: Estudios culturales de América Latina y el Caribe

**“VIEJO DERECHO” Y “NUEVO DERECHO” ÍNSITO EN LA TAREA
PEDAGÓGICA UNIVERSITARIA Y JURISPRUDENCIAL
Simbolismos en los aconteceres de formación jurídica**

Proyecto de Tesis para optar al Grado de Doctor en Educación

Autor: Álvaro Camargo Solano
Tutora: Lucila Gutiérrez Moros
Fecha: Rubio, Junio 2016

RESUMEN

La práctica jurídica ha tomado, en las últimas décadas, un protagonismo inusitado en la interpretación de la formalidad de la ley bajo la premisa del respeto por la dignidad humana y la observancia de los derechos fundamentales. En este sentido el Estado colombiano se ve abocado a afrontar una nueva realidad en el contexto de la aplicación de las normas por parte de los jueces unipersonales y colegiados. Un hito es la *Constitución Política de 1991* en la cual se adopta el *Estado Social del Derecho*. El sistema jurídico se enfrenta, por un lado con aquellas sentencias de los jueces que limitan sus fallos a las formalidades del imperio de la ley, aplicando el *viejo derecho* o *Derecho Positivo*, en acuerdo con la expresión: *la ley es dura, pero es la ley*. Por el otro, el *nuevo derecho* apunta a que los fallos judiciales conciten la formalidad jurídica con los saberes populares al aceptarse que cuando la normatividad de la ley no sirve, ha de ser reinterpretada para lograr justicia. En ambas perspectivas el proceso formativo surge como vinculante. El estudio se propuso reconocer, en el marco de la Educación Jurídica, la tarea pedagógica y jurisprudencial respecto al tema, la información, la imagen y la disposición o actitud al respecto de las perspectivas mencionadas que respondió al interrogante planteado *¿Cómo se apuntala, desde la tarea pedagógica universitaria y desde la práctica jurisprudencial, el “nuevo derecho” ínsito en el proyecto social que encarna el Estado colombiano en la actualidad?* La búsqueda de datos se apoyó en la Teoría Fundamentada. Los hallazgos reportan un conocimiento tímido desde lo conceptual en los abogados en formación, y un temor de aplicación en los abogados litigantes de una perspectiva, presente en el lenguaje jurídico, y con clara tendencia a constituirse en una teoría de la interpretación judicial imbuida de una ética general que apunte los principios que deben tutelar una vida digna del ciudadano colombiano.

Descriptores: *viejo y nuevo derecho, formación de abogados, práctica jurisprudencial, Estado Social del Derecho.*

INTRODUCCIÓN

Un *Estado Social* agrega a los derechos políticos y civiles de la Constitución y del orden jurídico, los derechos sociales fundamentales. El *Estado Social del derecho* (Heller, 1930) aspira fortalecer los derechos de prestación o derechos sociales mediante condiciones de vida favorable; seguridad e igualdad social. Se trata de instalar principios que favorezcan “el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Constitución, art.1). De ésta manera la Carta Política obliga al Estado al establecer sus fines y dota al legislativo del compromiso de su acatamiento y al ciudadano la opción de participar en su realización, en un marco de paz y convivencia pacífica.

La *Corte Constitucional*, ente creado por ésta Constitución, pertenece a la Rama Judicial del Poder Público y sus funciones descritas (art. 21) consisten en salvaguardar la integridad y supremacía de los derechos constitucionales; para ello se instituyó, entre otras, la *Acción de Tutela* (art. 86) con la cual el ciudadano reclama protección inmediata al considerar vulnerados sus derechos.

Es consecuente que todo este proceso de creación de nuevas perspectivas para el funcionamiento del Estado implique reacomodos de los sistemas y práctica jurídica. Con el privilegio de rol del juez por sobre la administración o el legislador, se registra una nueva relación entre derechos y jueces en el cual la acción de éste último “hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho” (Sentencia No. T-406/92).

Muy gráfico lo pinta López Medina (2009) “El antiguo esclavo de la ley ha tenido que cambiar. Sin abjurar de la democracia, por el contrario, sirviéndola con ahínco, ha tenido que aceptar que es ante todo operador responsable del Derecho y de la Justicia y que las fuentes no se limitan a la ley” (p.210). El *nuevo derecho* apunta

a que los fallos judiciales conciten la formalidad jurídica con los saberes populares al aceptarse que cuando la normatividad de la ley no sirve, ha de ser reinterpretada en atención al nuevo sistema jurídico que se esgrime para lograr justicia.

La gran interrogante al caminar un trecho en los fundamentos que dibujan el nuevo derecho, también llamado Neoconstitucionalismo, se traduce en ésta investigación en el *¿Cómo se apuntala, desde la tarea pedagógica universitaria y desde la práctica jurisprudencial, el “nuevo derecho”?*. De allí que se recurrió los actores de los procesos jurídicos, en su condición de abogados en formación, abogados litigantes o jueces, para reconocer sus Representaciones sociales, RS, entendidas en sus dimensiones de información sobre el nuevo derecho; disposición o actitud ante esta perspectiva en pleno desarrollo; visualización del contenido concreto interpretado, según Moscovici, como campo de representación del objeto de estudio.

Estos *universos de opinión* devienen en un particular tratamiento del tema, que pretende ampliar los desarrollos teóricos sobre el nuevo derecho, a partir de la praxis asumida. Aún hay suficiente necesidad de abordar el tema desde el sujeto y su carga simbólica, en el entendido que el pensamiento social es construido y ratifica la visión del mundo que se tiene para tomar posición ante lo que hemos querido estudiar como lo es el nuevo derecho en Colombia. Y aquí el proceso de formación tiene un papel cardinal.

El texto se inicia con el capítulo I, la problematización alrededor de la dinámica *viejo derecho-nuevo derecho*. Se plantea los objetivos como propósitos en búsqueda de información y se plantea el por qué el estudio resulta de interés en la mira de un proceso de teorización sobre el tema. Esta primera sección la acompaña los antecedentes y los referentes teóricos particulares. En el II capítulo se plantea el Marco metodológico, en cuyo diseño seleccioné la Teoría Fundamentada como técnica de organización y análisis de datos. En el capítulo III se registran los Hallazgos conseguidos luego de los microanálisis realizados y se rotulan las categorías emergentes.

Este proceso de teorización se sintetiza en las Conclusiones en donde reflexioné sobre la información obtenida y argumento acerca de la acción

investigativa desde mi convicción de las nuevas perspectivas para el sistema jurídico colombiano. Los ejemplos traídos al tapete grafican el *Choque de Cortes*, (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia) y el Consejo de Estado, por la forma en que cada una exterioriza la producción de sus fallos, asunto expresado de manera tímida por los informantes, pero de gran importancia visto los casos en la realidad jurídica colombiana.

Un buen apoyo en el análisis que se aspiraba se encontró en la perspectiva de las Representaciones Sociales, RS. Por un lado, hay suficientes y valiosos desarrollos teóricos sobre la materia, pero no resulta fácil encontrar estudios desde los sujetos operadores del derecho o los que se preparan para administrar la justicia. Y por el otro, justamente, la herramienta metodológica permite reconocer en las personas, los sistemas cognitivos, su disposición actitudinal positiva o negativa, en este caso, sobre la coyuntural discusión viejo y nuevo derecho, que se constituyen como principios interpretativos y orientadores de las prácticas jurídicas. Aspirar a un nuevo juez, en cuyo rol se acerque más a la función social que tiene el derecho, y que no olvide completamente la finalidad para la cual la sociedad lo ha investido para impartir justicia, requiere perspectivas de análisis que identifiquen procesos de pensamiento y emociones que aporten a las teorías existentes.

Es menester manifestar que hay una estrecha vinculación de momentos entre el objeto de estudio y el proceso de revisión de la Educación Jurídica en Colombia. Existe interés gubernamental y universitario en la revisión de las teorías pedagógicas, la actualización de las didácticas, renuencia al uso de la tecnología, la proliferación de programas de derecho, entre otras. Deuda de una renovación permanente pues el derecho organiza la sociedad, norma comportamientos a través de lo Público o lo Privado o sus niveles internos o externos; regula y sanciona en caso de incumplimiento. Una norma jurídica es un juicio del deber ser en el que se imputa una sanción jurídica para descripción de una conducta. La actualización inminente sobre lo que se enseña, explicaría algunos problemas de la disciplina, pues el beneficiario del individuo formado u operador de justicia es la colectividad, que se identifica como inmersa en un mundo globalizado y complejo

Así las cosas, *Viejo y Nuevo* derecho no es un juego de palabras. Y frente a su aplicación aunque pueda percibirse que no es claro si es una tendencia, un cambio o renovación en el derecho o es un proceso de conformación, las posiciones históricas demuestran que serán los años venideros los que la definan y las ubiquen en el que hacer jurídico.

CAPITULO

I MARCO ONTOEPISTÉMICO

El objeto de estudio. Su problematización

En los actuales enfoques de estudio sobre los fenómenos sociales surgen apremiantes análisis orientados a problemáticas derivadas de los ordenamientos mundiales, tendentes a la globalización de la sociedad, y a la configuración de contenidos y condiciones a favor de los derechos individuales, las libertades, la participación ciudadana, los derechos humanos que fortalecen la convivencia y el respeto a la dignidad, entre otros aspectos que dan al sujeto un papel activo en el espacio público. Contenidos que, en un marco de incertidumbre y complejidad como califican estos tiempos (Morin, 1990; Ugas, 2006), generan distintas prácticas y formas discursivas en un proceso, que aún de tránsito, lo señala Bauman (2007) como el paso de la modernidad “sólida”, que conservan su forma y persisten en el tiempo, a la modernidad “líquida”, en la que todas las relaciones sociales se han vuelto fluidas e inestables. En tales derroteros, tanto el fenómeno educativo como el fenómeno jurídico sufren los acontecimientos de estas dos perspectivas para, como señala el autor en cita, “...aprehender la naturaleza de la fase actual-en muchos sentidos *nueva*-de la historia de la modernidad” (p.8).

La perspectiva histórica de los estudios jurídicos reseña varias perspectivas que se inician con el *iusnaturalismo* o derecho natural o justo (ius: derecho, natura: naturaleza) el cual explica que una norma no puede contradecir los principios de justicia y los derechos inalienables como el de la vida, la libertad y la propiedad, que son anteriores a las normas establecidas o normas jurídicas positivas. El *iusnaturalista* dispone una particular visión y valoración *de la experiencia jurídica que toma en cuenta las ya ocurridas, lo referente a las peticiones individuales y a las costumbres, especialmente las locales, que aceptan y tipifican los derechos reiteradamente reclamados.*

Para el iusnaturalista, según Bobbio (2015) la fuente del derecho no es el Corpus iuris, sino la “naturaleza de las cosas”... los iusnaturalistas eliminan de su horizonte la interpretatio: que continúen los juristas comentando las leyes, el iusnaturalismo no es un intérprete sino un descubridor.... (p. 2). Al autor le parece que el iusnaturalismo rompe el nexo entre el estudio del derecho y la retórica como teoría de la argumentación, “y de abrirlo a las reglas de la demostración” (p.3) El fundamento de las reglas de comportamiento no es solo la voluntad del legislador, sino que ha de contemplar consideraciones de la naturaleza humana.

Para Bobbio (2015) ésta corriente se ve disminuida por el Historicismo jurídico con especialidad el alemán y la creación de las *Codificaciones* (Códigos) que dieron preferencia a las leyes establecidas, el modo de concebir el trabajo el jurista y la función de la ciencia jurídica, elementos que dan paso al *iuspositivismo*. Grocio, Hobbes, Locke, juristas-filósofos como Pufendorf, Thomasius y Wolff (Escuela de Derecho Racional alemana) constituyen teóricos representativos. El iusnaturalismo “ha supuesto o propugnado que la relación entre el derecho y la moral debe necesariamente reflejarse en el concepto de derecho”, según Nino (2003, p. 16).

En contraparte al iusnaturalismo, los llamados positivistas, tiene igualmente larga historia. El derecho positivo responde a la norma, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de la acción resolutoria o normativa establecida por el poder público. El orden jurídico positivista “es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible” explica Nino (2003, p. 36). Para el autor esta postura dogmática tiene sus excepciones en por ejemplo Kelsen, Ross y Hart que sostienen que un orden jurídico puede estar conformado por ambos tipos de normas, es decir, normas promulgadas explícitas y deliberadamente por órganos centralizados, o por normas consuetudinarias o jurisprudenciales

El diálogo entre ambas perspectivas es lo que se impone como viejo y nuevo derecho; términos que a su vez son objeto de análisis crítico ante la imprecisión de ubicar el punto de separación entre los tiempos de los fenómenos sociales. En esa reflexión López (2012) señala que varios “... de los voceros del “nuevo derecho” -y ciertamente no los menos representativos- vinculan su aparición en nuestro medio con la expedición de la

Constitución de 1991, lo cual resulta... poco compatible con las líneas de argumentación que dicen defender..." (p.1). La discusión presentada entre formalismo (viejo derecho) y antiformalismo (nuevo derecho) para describir las dos perspectivas, se muestra poco acertada según *Tamayo (2006) al colocar en dos extremos la aplicación de la norma y la interpretación subjetiva en la actuación del juez al emitir la sentencia. Para el autor 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" (p.377). El neoconstitucionalismo como asimismo se asume el nuevo derecho, a razón de García (2008) "...si supone alguna novedad dentro de la concepción del Estado Social del Derecho, la práctica ante los juzgados y tribunales y la enseñanza del derecho en las facultades "(p.292).*

Se coincide que en Colombia la Constitución Política vigente, reconoce, para la mejor interpretación del derecho, la valoración del *orden natural de las cosas*, que parte de la noción de dignidad de las personas. Establece en el Preámbulo, su intención de fortalecer la unidad de la nación y dar impulso a la integración latinoamericana para..."asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...". Dentro de esta misma directriz, en el artículo 1º, se lee que Colombia es un *Estado social de derecho*..."organizado en forma de República...democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. El articulado prescrito en el Título II de la Carta Política, a mejora de la Constitución de 1886, puntualiza en los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y ambientales.

Los componentes de simbolización jurídica definidos en el documento matriz, reconoce el fenómeno jurídico como una complejidad, en cuya construcción cultural intervienen distintos saberes. Todo indica que en las renovadas prácticas jurisprudenciales que se concretan en las sentencias, se estrecha el vínculo entre saber dogmático o formal y saber práctico o popular, que fundan las nuevas

realidades sociopolíticas. Eso apunta a la visibilización de lo cotidiano, lo individual dentro de lo colectivo, el miramiento a los derechos humanos, la participación de la sociedad de forma democrática en las decisiones judiciales, lo cual viene a constituir el nuevo constitucionalismo o *nuevo derecho* colombiano.

Está claro entonces, que la Carta magna colombiana de 1991 se pone a tono con los valores y principios de la *Declaraciones universales de derechos humanos* (1948)¹, o que una nueva relación entre sociedad civil global y el Estado requiere nuevas formas de participación ciudadana. La concepción de derechos emergentes como derechos ciudadanos la califican como proceso inacabado y en permanente transformación donde...“nuevos derechos y, sobre todo, una toma de conciencia de las sociedades actuales hacen visibles a pueblos y grupos sociales que hoy aparecen con voz a través de la emergencia de una sociedad civil internacional organizada” (2007)². Ante el derecho a llevar una existencia con sentido, inserto en ambos discursos, los administradores de justicia han de estar atentos a la relación integrada entre persona jurídica y sociedad.

El doble interés del investigador, como abogado en ejercicio y docente de derecho laboral, entusiasta de la perspectiva del *nuevo derecho*, le ha permitido acumular alguna experiencia al respecto, a partir de la socialización realizada en escenarios jurídicos en los que se coloca en el tapete el sentido de las prácticas jurisprudenciales con base en renovados parámetros interpretativos. En esta ocasión, y en acuerdo con la exigencia académica, se intenta realizar un diálogo entre formas del ejercicio del derecho que se presume escindido en dos sistemas jurídicos distintos o acaso complementarios para algunos. En la acción docente, la enseñanza del derecho y el proceso de formación de abogados me resulta un asunto obligante de investigar dadas las nuevas tendencias en lo jurídico.

Abordar las dimensiones de las representaciones sociales, rs, según Moscovici (1976), en el escenario académico y su coexistencia con el contexto externo al cual va dirigido, responde a mi convicción que es en el escenario universitario donde debe

¹ Declaración universal de los derechos humanos de 1948

² Declaración universal de derechos humanos emergentes de 2007

gestarse el perfil que se requiere para que el profesional del derecho enfrente con éxito las exigencias del mercado laboral que lo recibe y asuma las tendencias de la cultura jurídica colombiana de su tiempo; esto sin eximir la necesaria profesionalización o actualización del ya litigante o juez en los contextos tribunales. Esto constituye el gran propósito de la investigación.

La búsqueda de respuestas a propósito del fenómeno en estudio, se abrevia: *¿Cómo se apuntala, desde la tarea pedagógica universitaria y desde la práctica jurisprudencial, el “nuevo derecho” insito en el proyecto social que encarna el Estado colombiano en la actualidad?* Figuras, dogmas y principios de vieja data sufren un examen inexorable en el análisis del derecho, al ubicar la persona común, con su dignidad y sus saberes, distante de una noción abstracta, como receptor de los derechos humanos, con lo cual ha de ser tratado por la administración de justicia. Las escuelas de derecho tienen un papel crucial en la enseñanza y formación del derecho y en la formación del juez para el nuevo derecho, último que debe velar por las consistencias de las sentencias judiciales; el fortalecimiento de la nueva realidad jurídica y en las fallas o aciertos del ejercicio de la profesión. Inquietud que requiere adentrarse en: *¿Qué argumentaciones de las escuelas de derecho significan o dan sentido al calificado nuevo derecho en Colombia?*

Una nueva Constitución, renovadas prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos novedosos identifican el comportamiento *neoconstitucional* o *nuevo derecho*, en un sistema jurídico particular (Carbonel, 2009). Resalta la influencia la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. Para López Medina (2006) el antiformalismo contemporáneo asociado al movimiento constitucionalista colombiano, después de 1991, trata “de ampliar el valor precedencial de las decisiones de la Corte” (p.320); se actualizó el papel de la Judicatura y de la jurisprudencia dentro del sistema de poderes públicos. Se incorporó a la enseñanza del derecho nacional, desde la mitad del siglo pasado, el pensamiento de Hart, Rawls, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Nino como “idearios teóricos y constitucionales” (p.322). Este fundamento de teoría transnacional requería que la Corte Constitucional compartiera escenario con la

jurisdicción común, que para López según los efectos prácticos continuó trabajando dentro de modelos más o menos tradicionales de función judicial. La *Acción de Tutela*, el *precedente constitucional* el tránsito de la justicia legal a *la juricidad* son elementos que identifican el nuevo derecho según López.

El Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, que regula “la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios”, en sus artículos 2 y 3 que determina el acceso y actuaciones de los procesos de justicia señala: ...”toda persona o grupo de personas tiene derecho a *la tutela* jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable...” igualmente ordena que...“las actuaciones se cumplirán en *forma oral, pública y en audiencias*, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva”, en el entendido que *la oralidad* ha tomado significativo impulso en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior se explica pues al desaparecer de todo el escenario de juzgamiento procesal las sentencias escriturales, el sistema de audiencias da oportunidad procesal a las partes asistentes a la misma, para que puedan impugnar cualquier tipo de sentencia, si esta fuere contraria y violadora de los derechos fundamentales. En contraste a esto, autores como Silva (2012) resaltan la aceptación a disgusto del principio en aquellos que “no han superado la cultura de apego a la escrituralidad”, o suelen rechazarla “en el manejo de las apelaciones y del recurso de casación...” (p.790). Por su parte Ochoa (2005) le resta a la oralidad su condición de principio por considerarlo “eminentemente instrumental” (p.70)

De manera puntual, la Carta Política colombiana vigente, en su artículo 53, ordena al Congreso expedir el estatuto del trabajo, en el cual prever principios fundamentales mínimos al trabajador, sin...”menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. El *Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social*, Ley 712 de 2001, modifica el de 1948 y ordena la celeridad a la actuación judicial con la exigencia de resguardar los principios sobre protección al trabajador, la supremacía del derecho sustancial, el debido proceso y la seguridad jurídica. El *Código Sustantivo del Trabajo* del 2011, en su artículo primero, resume su

objeto al señalar que es “...lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

La otrora idea de la intervención del Estado para equilibrar las relaciones obrero-patronales y controlar conflictos propios del Derecho laboral, ha recibido el impacto del movimiento internacional sobre el trabajo con lo cual los países y con ello Colombia, hubo de asumir principios que, en el mundo, sentencian sobre un *nuevo derecho* en materia laboral. Los retos que la Constitución del 91 le plantea al derecho laboral se asocian al hecho que las relaciones de trabajo llevan implícito el contacto con varios derechos fundamentales de las personas trabajadoras; sus fuentes incluyen normas internas a la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional, así como las normas internacionales del trabajo. Una interrogante es concluyente en el estudio: *¿Cómo entender, desde la práctica jurídica, los comportamientos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en el marco del denominado nuevo derecho en Colombia?*

La Sentencia N° T-406/92 señala que el Juez, en el Estado social del derecho, es un portador de la visión institucional y que, al relacionar la Constitución con los hechos que juzga, asume...“una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”. Es precisamente dicha relación entre derechos fundamentales y jueces la configuración de un cambio fundamental de concepción en el denominado *nuevo derecho*, respecto de lo cual la Corte Constitucional, otorga “de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”.

En el *viejo derecho* tales responsabilidades se reducían “a su fuerza simbólica” y hoy “con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela” (p.1), entendida éstas últimas como el reclamo que puede hacer toda persona sobre...“la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, según consagra el artículo 86 de la Carta Política.

A este punto del análisis y según mi experiencia laboral, es posible inferir que en Colombia se percibe un claro movimiento en lo que se refiere a la concepción, alcance y eficacia de los derechos fundamentales, contemplados en la normativa legal, afirmada, protegida y propugnada por la Corte Constitucional, organismo al que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. La relación entre derechos fundamentales y jueces más allá de la formalidad de la ley y la consideración que las sentencias judiciales han de traducir los derechos primordiales como plenamente exigibles y garantizables, constituyen formas que enfrentan el sistema jurídico neo romanista y positivista.

Este último consideraba los derechos como meras expresiones retóricas, con lo cual los jueces aplicaban la ley sin crearla, y los pronunciamientos judiciales se reducían exclusivamente para ilustrar las normas positivas cuando son oscuras o ambiguas y la obligación de fallar, conforme a derecho, se cumple preferentemente mediante la obediencia a las reglas establecidas por el legislador.

La persona se representa como razón y fin de la Constitución de 1991, sin embargo, este enfoque interpretativo, tal como se lee en el texto comentado por la Comisión Colombiana de Juristas, para tal fin, coordinado por Chinchilla (1998)...”no parece mayoritario en el ámbito de la doctrina. Algunos de los Manuales de derecho constitucional siguen siendo escritos por autores formados bajo el espíritu de la derogada constitución de 1886 y del cual no se han desprendido” (p.1). Los análisis alrededor del cumplimiento de la Carta Política y el convencimiento que con ella se tiende a “la superación de la crisis de violencia y como iniciativa de paz, apertura democrática y justicia social” (ídem), se revelan como rigurosos y necesarios esfuerzos que se análoga a la cita del texto de Bauman (2007) “Si quieres paz, preocúpate por la justicia”(p.13), para explicitar el autor, que la sentencia que toma de la sabiduría antigua, está aún vigente, con el agregado que la justicia hoy es una cuestión planetaria.

En cualquier caso, el estudio se atiene a la premisa que emplaza que el actuar jurídico ha de coincidir con las formas sociales que la sociedad y sus tiempos le exigen, para no convertirse en un mero ejercicio cognitivo instrumental. La educación jurídica implica la relación derecho y cambio social con lo cual se justifica junto con Perdomo (2016) el preguntarse ¿Existe una relación entre la idea de derecho y la educación jurídica? ¿Cuán relevante es la educación jurídica para un proyecto político y, en particular, para la implantación del estado de derecho? Junto con una política de formación del ciudadano el *nuevo derecho* o neoconstitucionalista, se presenta como una alternativa para obtener un Estado Social de Derecho en Colombia. La educación jurídica es prioritaria en la agenda política, “como cuando estábamos empeñados en construir republicas con los pedazos que dejó la disolución del imperio español” (p.22), acota el autor. El debate entre formas del derecho, sus contenidos en su temporalidad, impone un deber de revisión pensada desde sus actores, como un reto a la ius teoría y a la comprensión de la enseñanza del derecho y su práctica, que pareciera aún resultar esquiva a los encargos del *nuevo derecho*.

OBJETIVOS

General

Reconocer en lo sujetos actores de la tarea pedagógica jurídica y de la práctica jurisprudencial, las representaciones sociales sobre *viejo y nuevo derecho*, insito en la constitución de 1991, que apunten a la comprensión del pensamiento jurídico tendente a la construcción del Estado Social del Derecho en Colombia.

Específicos

1. Indagar en estudiantes, docentes universitarios y abogados litigantes, simbolismos en los aconteceres de su formación jurídica sobre *viejo o nuevo derecho*.
2. Identificar los fundamentos de las sentencias judiciales, a la luz de las perspectivas que sustentan el *viejo o nuevo derecho*, tendentes a la construcción del Estado Social del Derecho en Colombia.

Justificación de la investigación

El tema objeto de investigación comporta su justificación bajo diversos criterios, siendo estos:

Criterio teórico. En cuanto el estudio convoca aquellos sujetos que lo anuncian, tales como doctrinantes, abogados y estudiosos del derecho, legisladores, docentes, entre otros, resulta un aporte a nuevas tendencias en la interpretación del derecho, y más específicamente respecto del derecho laboral. El análisis de las teorías que respaldan a lo calificado como viejo o nuevo derecho, sus posibles enfrentamientos y su aplicación en el derecho colombiano han representado y representan objeto de análisis, dada la trascendencia del tema en nuestra vida colectiva. Posturas encontradas que van de asociar el nuevo derecho a "...un tipo de acción política mediante el cual los jueces se toman el poder real y partir de su capacidad decisoria imponen el régimen ideológico y económico del cual están convencidos..."(Tamayo, p. 372) hasta asumir con firmeza la asunción de la nueva interpretación jurídica muestra lo imprescindible del planteamiento.

Se plantea como obligante para abogados y jueces el comprender las nuevas formas de aplicación del derecho que irradian todas las instituciones públicas del país. Indagar con sujetos en ejercicio o en proceso de formación jurídica reportará elementos de teorización, desde la práctica, que aportan al nuevo sistema de fuentes, al papel del juez en la creación de derecho y al carácter vinculante de los principios, entre otros.

Razón social. La consideración del *nuevo derecho* trae consigo elementos del acontecer pedagógico y jurídico en el medio colombiano, e inclusive en la comunidad internacional que lo convierte en un asunto de primordial discusión al incorporar de manera sustancia los derechos naturales del hombre a la acción jurídica y exigir su aplicación. En armonía con la Organización Internacional de los Derechos Humanos, se armoniza la formalidad del derecho penal, y se asume que el derecho a la vida, no le corresponde al Estado, sino a la persona, y que este es un

derecho de gente, que en el caso colombiano se encuentra establecido en virtud del artículo 11 constitucional.

Razón motivacional del investigador. La experiencia acumulada por muchos años, tanto del ejercicio litigioso como académico en el medio universitario ha sido y es el factor capital que ha motivado el desarrollo de esta investigación, habida cuenta que aun, bajo el ordenamiento constitucional colombiano, los jueces de la Republica no siempre actúan conforme a la nueva interpretación, se apegan normativamente a la ley, y que, por otro lado, en las aulas universitarias, la formación del futuro abogado pareciera encontrarse limitada a la formalidad de la norma, alejados lo suficiente de las tendencias de los comportamiento sociales y la jurisprudencia vigente.

MARCO TEORICO

En este acápite, se presentan los *antecedentes y bases teórico- conceptual* mediante los cuales se va a ubicar el objeto de estudio en el área de conocimiento del cual es componente el tema tratado. Se siguió el plan que orientó la búsqueda requerida:

1. *La educación jurídica actual:* para introducirse en los fundamentos y tendencias que orientan las teorías, enfoques, postulados, estrategias, de los procesos de enseñanza aprendizaje de juristas del siglo XXI. Forma parte de las bases teóricas de la investigación.

2. *La Jurisprudencia como fuente del ordenamiento jurídico,* a fin de introducirse en el referente teórico de las sentencias de los tribunales y la doctrina que contienen, las cuales aportan al derecho en general.

3. *Derecho laboral, derecho procesal,* para alcanzar una de las bases teóricas del estudio.

4. *El Nuevo Derecho" en Colombia. Una alternativa de reajuste jurídico,* con el propósito de adentrarse en el corpus teórico que los contiene, que avale la discusión de seguidores y críticos entre reglas y principios, para analizar su alcance y el impacto en el ámbito jurídico social del Derecho Laboral.

5. *Colombia como Estado Social de Derecho,* como forma de abordar su conceptualización, trayectoria, mecanismo legales sobre los cuales se funda, su consagración en la Constitución de 1991, perspectiva a la cual se presume apunta la práctica jurídica en la actualidad.

6. *Las Representaciones sociales y el nuevo derecho en Colombia,* como cuadro teórico de la actividad de campo con respecto a lo que la gente percibe, razona y actúa, con lo cual es posible reconocer una orientación actitudinal positiva o negativa respecto de la carga simbólica que se asume ante el *viejo derecho o nuevo derecho.*

Antecedentes del estudio

Jiménez (2004), *Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al "nuevo derecho" en el sistema jurídico colombiano* se propuso "construir un

mapa confiable de los pronunciamientos jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional, e igualmente de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, que hayan aplicado los PGD”, (Principios Generales de Derecho), con énfasis en el relacionado con la Teoría de la Imprevisión. Se realiza una comparación de su uso desde el tratamiento en el derecho privado con el de la Corte Constitucional, a fin de establecer su coincidencia y el desacuerdo de estos. Igualmente el autor aspira identificar la lucha de los operadores jurídicos (jurídicos: jueces, abogados, fiscales, prácticos del Derecho) así como...”desde la misma formación, o mejor decir, mala formación, que recibieron en sus escuelas de Derecho...no saben operar sino con base en métodos lógico- formales sustentados en el silogismo jurídico formal, el principal obstáculo para que el “*nuevo Derecho*” actúe a cabalidad “.

Concluye Jiménez señalando la urgencia de cambiar la forma como se enseña el derecho en Colombia y que se modifique la dinámica del ejercicio práctico del derecho; esto implica más allá del cambio de método con una transformación de la cultura jurídica. En este punto la investigación revisada se análoga al análisis que se pretende.

Sánchez (2005), en su texto *Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad en Colombia*, incorpora algunas consideraciones acerca de la idea de que al controlar la ley con significados constitucionales e inconstitucionales, la Corte Constitucional profiere sentencias interpretativas. Para hacerlo explora las condiciones ofrecidas por el sistema colombiano de control, concedido según un esquema tradicional, pero finalmente dotados de los presupuestos indispensables a la producción lícita de esta clase de sentencias. Las sentencias interpretativas logran conservar el texto controlado, gracias a una neutralización de las lecturas inconstitucionales reductora de su contenido normativo. Esa reducción constituye un criterio material de identificación que confirma o corrige las catalogaciones basadas en el fallo y permite distinguir las sentencias interpretativas de modalidades próximas.

La operación cumplida tiene como fundamento el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución que incluye todos los elementos comprometidos

en la expedición de sentencias interpretativas e integra explicaciones parciales, procurando una visión general desde la unidad, coherencia y compleción del Ordenamiento y desde el principio democrático. El modelo concentrado, abstracto y previo, al dificultar el acceso de los jueces al control y el contacto con la realidad, entraba la expansión de una modalidad necesaria que, teniendo límites normales, complementa el sistema y replantea en términos de colaboración, las relaciones de la Corte con los jueces y con el legislador.

Bechara (2011) con *La ponderación y los derechos fundamentales. El Modelo Ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción en la Corte Constitucional Colombiana* estructuró su estudio en cuatro ejes temáticos que comprenden *El estado democrático constitucional y los derechos fundamentales*, donde enuncia el cambio de visión de los derechos fundamentales a partir de la Constitución de 1991; el modelo de ponderación de Alexy; buscando su adecuación al contexto colombiano y la recepción de la ponderación en la corte constitucional y sus implicaciones.

Concluye Bechara que los derechos fundamentales en Colombia han tenido un trato eminentemente jurisprudencial, más no normativo, por el propio carácter de estos derechos. La Corte Constitucional en su anhelo de construir una pedagogía de estos derechos, ha solidificado los criterios según los cuales hoy en día podemos identificar un derecho fundamental.

Ramírez (2003), en *los límites a la reforma constitucional en Colombia* profundiza el concepto de constitución colombiana como límite máximo que encauza el proceso de elaboración constitucional, constituida de dos elementos: uno político (el aspecto democrático de división de poderes y de tutela de los derechos fundamentales), y otro jurídico (al ser la norma básica del sistema normativo) No contiene de cláusulas de intangibilidad, sin que esto impida que en ejercicio del poder de reforma, ésta pueda ser modificada de tal manera que se desconozca el aspecto político y jurídico de la constitución (límite general). Igualmente el poder constituyente, o pacto constitucional de 1991 se compone de elementos esenciales o principios propios de la realidad política y jurídica. Se reconoce que en la Constitución colombiana de 1991 se resaltan principios como el Estado social de derecho, la forma republicana, y el

estado unitario y descentralizado. Estos aspectos se configuran como restricciones al poder de reformar, y su modificación sólo puede ser realizada si se establece un nuevo marco político -normativo con otros valores diversos.

Escobar (2006), en su tesis *La modulación de sentencias y el poder normativo del juez de constitucionalidad colombiano* se propone el estudio de la técnica de la modulación de sentencias, de la variedad de decisiones interpretativas existentes a nivel global y de las problemáticas que se generan en torno de ellas. Se pretende entonces al o largo del trabajo resolver las siguientes preguntas: ¿Qué órganos encargados de ejercer el control constitucional colombiano han aplicado en sus sentencias algunas(s) de las modalidades de decisiones interpretativas?, ¿Cuáles son las clases de modulación utilizadas en Colombia? ¿En qué proporción y en qué temas se encuentra modulada la jurisprudencia colombiana en materia de constitucionalidad desde 1912 hasta el año 2005?

Este trabajo es pues, un estudio acerca de la modulación de sentencias y el poder normativo de la Corte Constitucional colombiana. Para ello partirá necesariamente del estudio de los temas relativos a la distinción entre disposición y norma: los conceptos de sentencia interpretativa y sentencias manipulativas, y el efecto diferido en el tiempo de los fallos de constitucionalidad, entre ellos. Ello permitirá determinar hasta qué punto se ha modificado el sistema colombiano de fuentes de Derecho, que desde la Constitución de 1886 fue legalista.

Este estudio se justifica en virtud de los problemas ya anotados que la ignorancia del asunto ha suscitado en Colombia. Su resultado será útil en la medida en que contribuya al conocimiento y la familiarización con los métodos de modulación de sentencias utilizados en Colombia y otros países. Adicionalmente, este trabajo sugiere una serie de parámetros para el uso de las sentencias interpretativas colombianas, los cuales se ponen a consideración de la comunidad académica y jurídica con la única pretensión de aportar una pequeña luz al conflicto ya enunciado entre los diferentes órganos estatales.

Bases teórico-conceptual

1. La Educación Jurídica actual

El interés por abordar el tema de la Educación Jurídica, EJ, parece estar en el tapete de las discusiones relacionadas con la formación de abogados en las instituciones educativas en Colombia. Según datos 2014 de la AFOCADE³ existen en el país sesenta y ocho Facultades de Derecho, esparcidas en los distintos Nudos Regionales del territorio, aunque no todas están acreditadas, significa una alta población comprometida en su proceso de formación jurídica.

Desde 2014 según Molina (2015) se inicia el proyecto *Diagnóstico y lineamientos técnicos para los programas de Derecho*, con el fin de revisar la situación académica que incluye el proceso pedagógico en su integralidad. Avances del proyecto lo señala Molina: “se ha detectado que la reglamentación de la formación jurídica quedó anclada en los años ochenta, sin que se hayan efectuado cambios importantes desde entonces...” Algunos aspectos positivos también se reconocen en algunas universidades referidos a nuevas estrategias didácticas más allá de la clase magistral conocida en las aulas de clase, señala el autor.

En esta vía de nuevos aportes a la educación jurídica algunos autores se expresan. Sarmiento (2014) analiza el concepto de globalización en el proceso de formación en derecho vinculado en los planes de estudio en los que el estudio del derecho comparado y la globalización son insignificantes; el currículo se disuelve en medio de asignaturas que resultan imperativas frente a una práctica jurídica contemporánea. González (2011) sugiere una pedagogía jurídica asentada en el enfoque constructivista como reacción a la escuela tradicional, donde la práctica de preceder o acompañar la teoría y los alumnos tiene participación activa, y su perspectiva importa en el aprendizaje. Bejarano (2010) analiza la resistencia al cambio hacia la oralidad en el proceso civil, para superar el apego al sistema escrito, indicando que “la oralidad, como reforma estructural a nuestro sistema judicial,

³ Asociación Colombiana de Facultades de Derecho

depende de los actores que la implementen y ellos de la cultura jurídica que los determina” (p.2).

García (2006), critica la concepción del formalismo jurídico y su preponderancia en la Pedagogía del derecho, en especial respecto al método basado en la memoria como fundamento de la enseñanza. Crítica a la concepción tradicional de la enseñanza de la Filosofía del derecho y la plantea a partir de su carácter práctico y la forma como debe enseñarse en la jurisdicción ideológica y pragmática del nuevo derecho. Dentro de la concepción de la renovación del derecho y su influencia en la didáctica jurídica, prefiere la formación habilidades críticas y analíticas con sentido ético, sobre la pura información. Pérez (2007) afirma que un buen profesional del derecho “es un jurista técnicamente competente y, además política y moralmente bien ubicado” (p.108) y confirma lo señalado por García que esto implica una finalidad cognoscitiva, una práctica argumentativa y una formación crítica en fines y valores.

Monroy (2011), relaciona estrategias de aprendizaje-metodología y manifiesta que para el aprendizaje por *recepción* se utiliza la clase magistral; para el de *descubrimiento* se utiliza el seminario investigativo, método de casos, de problemas, de proyectos y para el aprendizaje por *construcción* se identifican los conceptos previos, mapas conceptuales y diagramas. **Se entiende que el aprendizaje por recepción se le presenta al estudiante un material para que sea reproducido en algún momento, se le pide que internalice el material. En el proceso por descubrimiento implica ordenar la información integrarla a la estructura cognitiva y reorganizarlo para lograr el aprendizaje, debe ser re construido antes de ser aprendido.**

Para que ambos resulten significativos se requiere el interactuar la estructura cognitiva previa y que haya disposición de aprender. La enseñanza constructivista para Flores (1994) consiste en que el aprendizaje humano “es siempre una construcción interior” (p.237). Lo identifica al partir de las ideas y preconceptos del estudiante; prevé el cambio conceptual; confronta las propias ideas con el nuevo concepto y permite aplicar el nuevo concepto a situaciones concretas y relacionarlo con el fin de ampliarlo.

Retomando a Monroy, arriba citado, los fundamentos filosóficos del derecho incluyen un ideal de hombre, el ideal de sociedad, la concepción de la cultura y los procesos cognoscitivos. Considera el autor que un proyecto educativo jurídico debe alcanzar a los jueces y a la comunidad. Se coincide que no hay un enfoque pedagógico único, pero en medio de ellos resulta importante el esclarecer el tipo de competencias que se quieren formar.

La reflexión de Silva (2009), sobre la revisión de las escuelas de derecho, sus programas, sus tendencias y la profesión como tal se orienta a identificar la falta de innovaciones en las ofertas de estudio tales como formación por competencias ocupacionales, transformación del plan de estudio, estrategias comunicativas e investigativas, interdisciplinariedad, flexibilidad, distintos requisitos de grado, que según el autor sólo las prevé UNICOC como oferta inusual. Como revelador en Colombia aumenta la oferta de estudio en el área del derecho, con lo cual se aumenta el número de abogados y esto hace expresar a Figueroa (2011), que la profesión “ya no parece ser valorada por la sociedad con la misma importancia y utilidad con que años atrás se consideraba” (p. 1); expresión discutible dado el interés por su escogencia en la formación de profesionales.

López Medina (2004), en su texto *Teoría Impura del Derecho* diserta sobre la producción y recepción y transformación de la teoría del derecho en la mira de una iusfilosofía personal contextualizada. A su vez que narra desde su formación profesional en el espacio colombiano (1987-1991) y luego en el norteamericano, expone las concepciones de la *interpretación jurídica*, alternativa a las dominantes formas de enseñar y analizar el derecho. Resultaba un subcampo de la teoría del derecho, que requería un papel activo del operador jurídico “en la interpretación de la ley y en la producción de cambio social” (p.2). Se acusa formar parte de los que se revelaban en contra de la legalidad que como técnica de control social partía del uso de la memoria , “para continuar un trayecto en el que prevalecían , una a una, las técnicas formalistas del derecho” (p.3).

Lo que llama el trasplante de ésta teoría interpretativa y judicialista, se convirtió “en un manual de uso” para la generación de nuevas constituciones, las

cuales “se constituyeron en excelentes ejemplos de normas de “textura abierta” donde la interpretación judicial debía completar por necesidad, el sentido de sus disposiciones generales “(p.3).

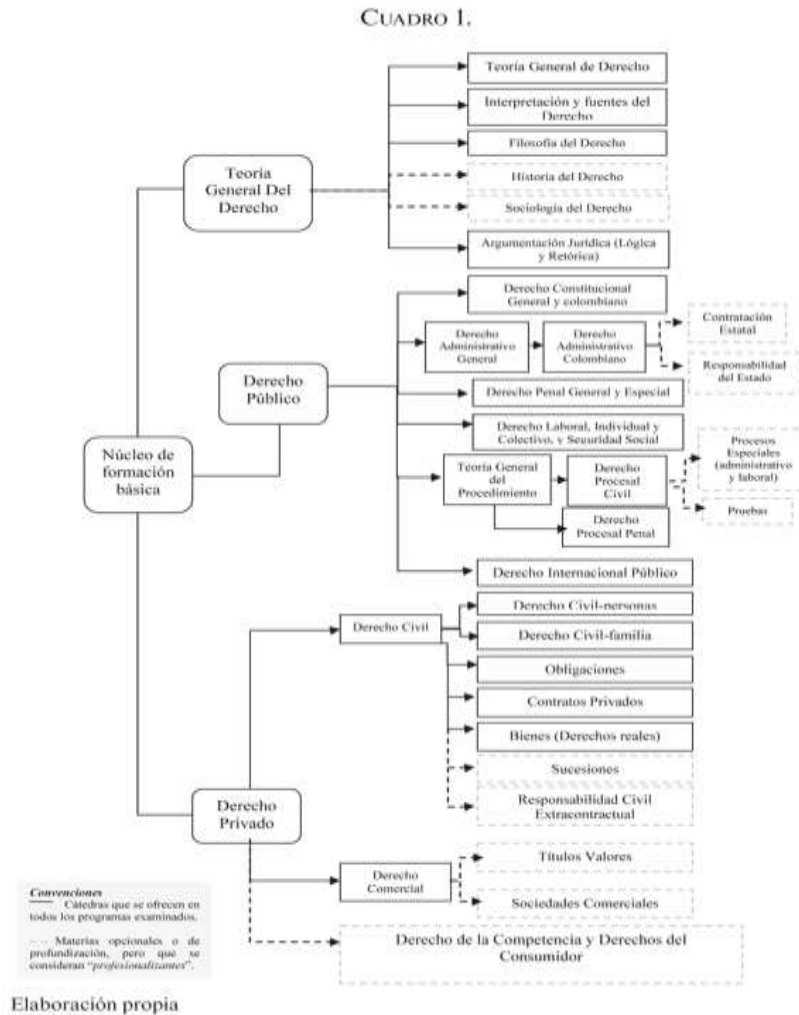
Se plantea la dificultad de alcanzar una particularización del discurso en el campo de la iusteoría latinoamericana, por dos razones: 1) la condición de empresa trasnacional estructurada desde su inicio en el campo académico del derecho., es decir “en donde cierto tipo de conocimiento abstracto del derecho puede ser compartido y usado por personas con diferentes antecedentes y en distintos contextos” (p.11). 2) El proyecto asimilacionista de lo local con lo universal o general operado con fuerza en nuestros países “no poseemos una iusfilosofía o un derecho distintivo que pudieran ser usados como fundamento para una contribución genuinamente exótica o alternativa “(p. 12).

Visto lo anterior surge significativo atender la vinculación entre derecho, pedagogía y otras disciplinas para fortalecer el corpus jurídico, desde la universidad y en la administración de justicia. Reconocer las concepciones que orientan este quehacer jurídico, el cómo se legitima el derecho en una sociedad como la actual, implica comprenderlo cada vez más involucrado con los Derechos Humanos y su promoción del ejercicio de la dignidad del ciudadano.

Resulta obvio exigir que lo que se enseña vaya a la par con la realidad jurídica del país y del mundo y que los entresijos que sustentan su quehacer respondan a un uso acertado en la aplicación de los principios acordados y resumidos en los contenidos constitucionales.

Sobre la praxis, en una revisión de lo actuado, a partir de la Constitución de 1991 y de las distintas corrientes relacionadas con las bases ideológicas y las fuentes jurídicas que emplean los jueces, lo expresa Silva (2001) en su texto *Principios constitucionales y rol social del juez*. Esto reafirma la importancia de acudir al sujeto y sus representaciones sociales en vinculación con la representación teórica que se propone desde las escuelas de derecho.

Grafico 1. Propuesta de aplicación del constructivismo pedagógico al derecho. González (2012).



González (2012) en su propuesta de aplicación del constructivismo pedagógico al derecho sostiene que debe vincularse no solo a sus propias disciplinas sino al resto de conocimientos sociales y naturales; de esta manera supone un acercamiento dinámico a los cambios de la sociedad. También debe preverse la integración con su cultura “que produce y reproduce su propia concepción del fenómeno jurídico que coexiste con otras concepciones culturales del derecho”; esto en un proceso de formación intercultural.

Sarmiento (2014), en su investigación sobre educación jurídica colombiana y proceso de globalización concluye que las facultades examinadas se enfrentan a la

dicotomía del derecho público internacional y el derecho interno como respuesta a la globalización y a la multiplicación de las fuentes del derecho; el estudio del derecho comparado y la globalización son reducidos; el currículo se reparte en asignaturas que resultan impositivas para la práctica jurídica. El autor muestra un Cuadro síntesis de los cursos que se ofrecen en las universidades como Núcleo básico de formación:

2. La Jurisprudencia como fuente de ordenamiento jurídico

El *fenómeno jurídico*, como otra forma de los fenómenos sociales, reúne las experiencias del legislador con los discursos jurídicamente calificables, representa la expresión de comportamientos en relación con un determinado sistema de derecho y el modo como este funciona. Así que puede entenderse e interpretarse desde varias perspectivas: como un conjunto de normas imperativas que regulan comportamientos o conductas humanas llamado *Positivismo*; como una técnica de control social denominado *Realismo* y como una práctica de convivencia normativa conocida como *Experiencialismo Jurídico*. Esto indica que el fenómeno jurídico se piensa desde distintos puntos de vista.

Desde Kelsen⁴ y de Cossio⁵, señala Garate (2012) se considera el fenómeno jurídico como “una relación compleja de normas y conductas” (p.340). Continúa el autor pensando que el derecho es un objeto complejo, cuyas normas y conductas se hayan relacionadas dialécticamente “y cuya comprensión requiere de una doble dimensión lógica y axiológica”, con lo cual la resolución judicial debe ser axiológicamente válida para su aceptación desde el sentido formal como el material. El proceso jurídico ha de considerar su situación en el tiempo y las categorías cognitivas que consolida, vinculadas con el sustrato cultural de la sociedad. El derecho responde a necesidades sociales por lo cual debe encontrarse al servicio del hombre. La comprensión de sus derechos individuales es el fundamento de todo

⁴ Hans Kelsen, jurista austriaco, 1881-1973

⁵ Carlos Cossio, jurista argentino, 1903-1987

discurso jurídico los cuales se valoran en el contexto de una sociedad políticamente democrática, señala el mismo autor.

Tres son las corrientes que explican el objeto del fenómeno jurídico según Biscardi (2005) (a) el derecho natural o iusnaturalismo, (b) el positivismo y (c) la teoría tridimensional, en sus contenidos fácticos, normativos y axiológicos. Con poca diferencia también pueden ser agrupadas como axiológicas (iusnaturalismo teológico y racionalista), normativas (iusformalismo) y sociológicas (iusrealismo). Se reafirma un *Iusnaturalismo*, antiguo y moderno, un *Positivismo moderno*, hasta mitad siglo 20. Con Kelsen (positivismo normativista) y Cossio (teoría egológica) se identifica el *Constitucionalismo Moderno*, con sus diferencias académicas, expuestas de manera pública. Le sigue el denominado *Realismo jurídico* alemán, escandinavo, norteamericano, expresado en una teoría que no se enuncia con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino se rige por las normas observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad del Estado; el derecho se identifica con la norma estatal pero también con el hecho social. El neoconstitucionalismo, que en Colombia tiene un hito con la Constitución de 1991 apareja la condición del Estado Social de Derecho.

Por *cultura jurídica* Ferrajoli (2008) la entiende como un conjunto de signos normativos y de significados asociados a ellos en la práctica jurídica de los juristas, operadores y usuarios...." (p.1). No sólo corresponde al texto legal sino también a aquellos elementos o componentes simbólicos en la comprensión, construcción, entendimiento, aplicación del derecho por una comunidad. Éste conjunto de saberes y enfoques jurídicos se enfrenta a una realidad cambiante, una sociedad en rápida evolución y un derecho en desarrollo, en ocasiones dispar. En muchos casos los postulados jurídicos se generan desde afuera de Colombia y aquí se forman distintas interpretaciones. Cultura jurídica implica cultura social y nos enfrenta a interrogarnos cuales son los cambios que se están sucediendo, cómo se adecúa el derecho a las nuevas circunstancias sociales. Los problemas jurídicos son un tanto más de los problemas sociales que hay que comprender para facilitar la participación política de los ciudadanos.

El Constitucionalismo. El Neoconstitucionalismo

Representa el *constitucionalismo*, una visión del Estado de Derecho, que pretende justificar y legitimar el Estado bajo un sustento jurídico. Ante nuevas formas de organización política del Estado surge en los siglos 17 y 18, el constitucionalismo, el cual da primacía a la constitución sobre las demás normas jurídicas, “establece la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales “(Gil, p.1). Funda sus principios en la división de poderes y en la defensa de los derechos del hombre.

Kelsen en su texto *La Teoría pura del derecho* (2009), afirma que hay que liberar al derecho de elementos extraños. Su texto expresa que constituye una teoría sobre el derecho positivo en general y no de un derecho en particular, no es “una interpretación de tal o cual orden jurídico...procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o como debería formarse” (p.1), sin tomar prestado conocimientos de otras disciplinas para así fortalecer la verdadera ciencia jurídica. Establece que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza; el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, “ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional.

Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden” (p.22). Da a la Constitución el valor de la máxima norma y al deber ser como la idea trascendente. La norma jurídica y la norma moral le resultan independientes en su aplicación. La justicia constitucional es concebida como un elemento que asegura la validez del ordenamiento. Deben prevalecer los valores legislativos de la constitución para garantizar el sistema democrático.

El *neoconstitucionalismo* implica la Constitución y un nuevo derecho, bajo el método de *ponderación jurídica*; los intérpretes ponderan los valores vehiculados por los principios en relación con las exigencias de justicia según exigencias particulares. Concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos, con un sistema

jurídico más allá del legalismo. La Sentencia N° t-425/95 que contiene algunos fundamentos aclaratorios, explica el *Principio de Ponderación*:

En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

Para Pozzolo (2015) el nuevo constitucionalismo significa “una perspectiva iusfilosófica que se contraponía explícitamente a aquella iuspositivista y, que al mismo tiempo trataba de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista” (p.1) Es decir, como un anti positivismo; preferencia de los principios sobre las estructuras de las normas; la interpretación del derecho por principios con el uso del método ponderativo; interpretación moral de la constitución, por principios, que se contrapone a los sistemas legalistas, hace contraste entre forma y sustancia; entre ponderación y subsunción. Para la autora su aplicación no se presenta muy clara el cómo asignar en cada ocasión el peso y según qué criterio. Pozzolo reúne en esta corriente iusfilosófica al norteamericano Dworkin (1931-2013) el alemán Alexy (1945-) y al italiano Zagrebelsky (1943-).

Para Carbonell (2009), tres puntos simbolizan la perspectiva neoconstitucionalista: *los textos constitucionales*, que dispone nuevas relaciones entre el Estado y los ciudadanos; *las Prácticas jurisprudenciales*, que apelan a la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de “los efectos normativos de los Derechos Fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro personae, etcétera.” (p.2); *nuevos desarrollos teóricos*, que han “servido no solamente para comprender las nuevas

constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas” (p.3).

3. Derecho laboral, derecho procesal

El art. 53 de la Constitución colombiana de 1991 ordena el estatuto de trabajo, y define los principios fundamentales que benefician a los trabajadores. La realidad laboral tiende a resolver la problemática del trabajo en consideración con tales para la formación de un Estatuto del Trabajo: igualdad de oportunidades; no discriminación del trabajo; protección especial a la maternidad, menor de edad; primacía de la realidad; irrenunciabilidad a mínimos laborales; estabilidad laboral; sobre mínimo vital; condiciones dignas y justas; confianza legítima; pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones. Valoraciones surgidas de la Constitución para proteger al trabajador y el trabajo digno. Con esto se aupa la finalidad y el sentido de los derechos sociales, en lugar del apego irrestricto a las reglas. Las fuentes del derecho laboral acuden a normas internas, del país, a la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional, así como a las normas internacionales sobre el trabajo.

El *Código Sustantivo del Trabajo, CST*, colombiano tiene como finalidad lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, según su artículo 1. En sus primeros 21 artículos establecen sus principios generales. El derecho laboral colombiano regula el derecho individual; el colectivo del trabajo; de la seguridad social; el procesal laboral; el laboral administrativo; el laboral internacional, derecho cooperativo y sociedades mutuales. La definición de *Trabajo* según el CST se resume como “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo” (art. 5).

Jaramillo (2015) expone en su texto la primacía de la realidad sobre las formas, como uno de los principios que estructuran el derecho del trabajo. En la discordancia entre lo que sucede entre documentos y hechos se da prevalencia a lo fáctico, su

aplicación no se agota en el contrato realidad. La Sala Laboral según el autor reconoce este principio desde antes de su consagración positiva en la Constitución del 91. En el año 2002 se promulga la Ley 789 para la reforma al ordenamiento laboral, cuyo propósito es promover la empleabilidad y desarrollar protección social y contribuir con el fortalecimiento del Estado Social de derecho.

En opinión de Valdivieso (2009) antes de existir un derecho laboral, hay un verdadero derecho del trabajo, que busca “regular los mecanismo en que la oferta y la demanda de recurso humano se pone en contacto, ya sea bajo la estructura típica de contrato de trabajo, o bajo otras modalidades como una persona puede ofrecer su mano de obra” (p.2). El derecho del trabajo se ocupa del contrato individual de trabajo; el contrato de aprendizaje; el reglamento de trabajo; conflictos colectivos de trabajo; convención colectiva; pactos colectivos. Sin embargo se vincula con el resto del andamiaje jurídico del país constitucional, penal, procesal, civil, comercial, internacional, administrativo, tributario, agrario. En sí posee normas de carácter sustantivo, derecho sustantivo del trabajo, (individual y colectivo) y procedimental. Las primeras ordenan derecho y obligaciones del empleador y los trabajadores y el procedimental contiene las disposiciones para el reclamo y efectividad de los derechos laborales.

Los dinámicos y actuales cambios en las relaciones políticas y económicas afectan de manera sensible a la perspectiva sobre el Trabajo, signado con contenido social que hace participe las necesidades humanas. Valdés en su texto *Reflexiones sobre el derecho laboral en el siglo XXI* (2009) expone sus ideas sobre el derecho laboral, en un momento que señala estar expuesto a duras críticas, como entorpecedor de las relaciones de producción y el aumento de las tutelas. Sostiene que el derecho laboral debe ser dúctil, “ante la rigidez que en aspectos laborales se incluyó en la Constitución de 1991”, para provocar un estímulo mayor a la creación de empleo, “...ante la convicción de ser la insuficiencia en las fuentes de trabajo posiblemente el mayor obstáculo para lograr el ideal de un mejoramiento general en las condiciones de vida de las personas (p.1).

4. El “Nuevo Derecho” una alternativa de reajuste jurídico

La historia jurídica propende a interrogarse como el juez aplica el derecho y como se realiza el procedimiento judicial. Perspectivas jurídicas como la *hermenéutica*, interpretación del operador jurídico, y la *argumentación*, exposición de razones sobre una decisión, tratan de explicar el comportamiento del juez para resolver casos jurídicos. Para López Medina (2004), en el llamado *nuevo derecho* los operadores jurídicos se relacionan más libremente con los textos jurídicos, constituye “un movimiento que se concentra en una visión del derecho constitucional como desafío y crítica general a la cultura jurídica prevalente en Colombia y Latinoamérica” (p.439). La Constitución Política de 1991 ha implicado un tránsito de la justicia legal a la juricidad constitucional; el derecho no es exclusivamente legislado, los pronunciamientos de las Cortes, la Constitucional en particular, generan reglas que complementan, explican, dan sentido y en ocasiones dejan sin vigor disposiciones normativas de carácter general. Como protección de los derechos fundamentales el ciudadano puede recurrir a la figura de *Acción de Tutela*, definida en la Constitución en los siguientes términos:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la *Corte Constitucional* para su eventual revisión. Art. 86

Se explica que la *Corte Constitucional* creada con la Constitución del 91, “es un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público y se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política”, sus funciones están descritas en el artículo 241 de la Constitución.

Otro elemento identificador del *nuevo derecho* es su percepción como “un movimiento particularmente comprometido con el *estado social del derecho*” según López Medina (2004). Tiene para el autor una estructura iusteórica y una agenda política, que ha adquirido recientes importaciones de la Teoría Transnacional del Derecho, TTD “con un fuerte componente anglosajón”. En su agenda política ha sido alimentado por la globalización del modelo constitucional del Derecho social europeo. Otro elemento a considerar es el *precedente jurisprudencial* como fuente primaria de los Jueces para tomar sus decisiones. Esta figura se ha desarrollado a través de pronunciamientos jurisprudenciales inicialmente por la Corte Constitucional seguidos por el Consejo de Estado, máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y órgano consultivo del Gobierno según Art 237 de la Constitución.

En suma la jurisprudencia comprende el conjunto de sentencias que han resuelto casos fundamentales y ha sido considerado los precedentes, hechos o pruebas que incriminen a un sujeto, sin vulnerar sus principales derechos. Guadarrama (2001), identifica en la práctica judicial como fuente de derecho, como sentencia judicial, o como la interpretación judicial de la norma jurídica, básicas para la comprensión de la jurisprudencia. El autor puntualiza en la jurisprudencia como sentencia judicial, lo que implica como el resultado de la actuación del juez al dirimir el litigio que se le plantea. Sentencia es el vehículo “en el que se plasma el quehacer del juez mediante la interpretación de las normas jurídicas existentes y la creación de otras nuevas” (p.203), para resolver el conflicto, litigio o controversia y considerar finalizado el proceso.

El Nuevo Derecho en la Jurisprudencia

No obstante que la Jurisprudencia, en virtud del ordenamiento constitucional de 1991, ha ido avanzando en sus sentencias abandonando las arcaizantes tendencias apegadas a la formalidad de la ley, en donde las decisiones judiciales son prácticamente reiterativas, pero sin formar líneas jurisprudenciales, o precedentes judiciales. Por ejemplo, bajo el nuevo derecho se ha asumido una postura lenta, pero

distante del arraigado viejo derecho: se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares.

El asumir el nuevo derecho dentro del marco de la jurisprudencia, y confrontarlo con ella, permite demostrar que en los juzgados (jueces civiles, penales, laborales,), debe emularse la tendencia del juzgamiento con base al nuevo derecho, y no que se continúe con apego al principio de la Ley es dura, pero es la ley, lo que ha ocasionado choques de trenes e inclusive entre las altas Cortes, pues mientras la Corte Constitucional asume una postura en las que reconoce y aplica el iusnaturalismo, la Corte Suprema de Justicia, y el Consejo Superior de la Judicatura, por el contrario, continúan generando sentencias con base al viejo derecho, lo cual desde luego no solo genera inconformidad en el medio litigioso y confusión en el medio académico universitario, sino inseguridad jurídica.

La Constitución Política de 1991, instituyó el reconocimiento de los saberes populares al cuerpo de la normatividad, tal como se ha expuesto en el acápite que antecede, y de ello la Corte Constitucional ha desplegado sus sentencias apuntando hacia tal reconocimiento, pero los jueces aún siguen sin abandonar el principio del viejo derecho, del derecho positivo, razón por lo cual se evidencia la necesidad de, por el medio pedagógico, en la formación de nuevos abogados y jueces, inducir el bagaje del nuevo derecho en el que se da el reconocimiento que aplica la Corte Constitucional, en virtud de la nueva realidad constitucional colombiana.

López Medina (2006), expresa que la instalación del nuevo sistema jurídico de esta “nueva sensibilidad constitucional” ha sido parcial, ya que la Corte Constitucional debió compartir escenario con la jurisdicción común, la cual continuó trabajando en modelos tradicionales. Ésta en su idea de derecho conserva “una rígida dicotomía entre legislación y adjudicación, por un lado, y entre su especialidad funcional (derecho civil, penal o laboral) y las órdenes abstractas del derecho constitucional, por otro” (p. 323); el derecho estaba concentrado en la

defensa del círculo propiedad/contrato/sucesión. El autor realiza un cuadro en el cual expone fundamentos de las dos perspectivas teóricas.

Cuadro 1.

Instalación del nuevo sistema jurídico. López Medina (2006)

	Derecho Tradicional	Nuevo Derecho
1	Completa separación entre derecho y moral como esferas independientes de regulación de la conducta humana	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
2	El derecho constitucional público y el derecho común privado son sustancialmente diferentes. Los métodos interpretativos del derecho privado, su rigor intelectual, los temas de qué trata, los valores que protege, etc. Están relativamente aislados de la crítica política proveniente del derecho constitucional.	Sostiene una relativa unidad e interpretación entre el derecho constitucional y el derecho privado, como corolario jurídico de una tesis general de la filosofía moral: la distinción entre el espacio público y privado es un artificio del liberalismo liberal, que buscaba aislar de la crítica político constitucional los circuitos de creación privada de riqueza y capital
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.	La ley no expresa necesariamente la constitución por el contrario, es más o menos 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, solo aplicable a través de un argumento interpretativo, puede triunfar sobre reglas explícitas y concretas que así mismo

		pretenden regular la situación concreta.
4	La argumentación jurídica se centra en el concepto de adecuación o calificación típica. Se debe encontrar la regla legal específica que regule el tema: es fundamental aprender a distinguir que tipo de contrato o que 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, inexorables, por aplicación de las normas que rigen la respectiva adecuación típica.	No se parte de la adecuación típica, si no 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.
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	La retórica judicial subraya el papel de la justicia sustantiva
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.	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
7	Continuidad y orden social como valores políticos prevalentes	Cambio social y justicia distributiva como valores políticos prevalentes.
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"	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 proactiva en la protección de derechos constitucionales prestacionales

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 presentación de sus servicios profesionales.	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 en esencia “voz de la ley” y desarrolla “virtudes pasivas”. Se preocupa básicamente por adjudicar la titularidad de derechos más tradicionales, de origen legal y distingue su misión con claridad de la ejecución o administración de sus fallos.	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

5. Colombia como Estado Social de Derecho.

Colombia con la Constitución Política de 1991, ingresa al escenario del nuevo derecho, pero en el que aun los jueces contemplan la formalidad fría de la ley sin las contemplaciones de los saberes populares, y si bien el direccionamiento que da la Carta Magna que apuntala el derecho con tales saberes; y esta misma Constitución, con Dworkin (2012) y su naturaleza ontológica se encamina por aquellos asuntos que aterrizan en los referente morales, pero resulta que a este valor se le incrustó un nuevo ingrediente jurídico político social con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando al declarar constitucional, el 9 de octubre de 1990, el Decreto mediante el cual se convocó a elecciones para elegir una Asamblea Constitucional, en cuyo fundamento la Corte se apartó de la ortodoxia jurídica positivista introduciendo al país en la ideología del nuevo derecho, ya que para entonces la Corte no miró el asunto en el marco de la competencia, sino en las condiciones sociales y morales que acompañaban la convocatoria a través de la norma, puesto

que el mismo era el resultado de un acuerdo político social suscrito entre el Presidente electo y algunos dirigentes políticos, y no estaba encajado en el texto de la Constitución de 1886.

Al ser la Constitución Política de 1991, lo que pudiese denominar el formato del mandato interpretativo de los derechos y deberes ciudadanos, pero también del Estado y sus entes e instituciones, en la que ha quedado incrustado el nuevo derecho, es este el instrumento de preferencia en el referente de estudio para el desarrollo de la investigación. La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho (...) El peligro al que aludo consiste (...) en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como las matemáticas, de un conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas (Oliver W. Holmes. 1964, p. 15 - 16).

Las Constituciones Políticas de los Estados no son en sí mismas ni estáticas ni de contenido estático, es la sociedad la llamada a darle la dinámica con base a la exigencia de sus derechos y al cumplimiento de los deberes que en ella se señalan; y siendo que esa sociedad produce, ejerce, provoca, saberes, y es la que está dirigida, es entonces exigente asumir la Carta con la dinámica que prospectivamente le genera la sociedad, y de ahí surge, no solo el nuevo derecho, sino su paulatino fortalecimiento.

Surgida la constituyente de 1991, y aprobada la nueva Carta Política, esta, incrusta en el escenario de lo moral, lo social y participativo a la sociedad colombiana, ya que adoptó el Estado Social de Derecho como modelo ideológico y fórmula política; incluyó las minorías raciales e indígenas que antes eran conocidas sólo por los antropólogos y se contaban, si acaso, en las estadísticas; consagró la libertad de cultos y creó instituciones como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo. Creó una jurisdicción independiente (la Constitucional), a cuya cabeza ubicó una nueva institución a la

que le corresponde guardar su integridad y supremacía, y cuyas funciones están descritas en el artículo 241 constitucional.

El Estado social de Derecho reclama el reconocimiento de los saberes populares como expresión legítima de las manifestaciones y costumbres sociales; las minorías, los indígenas generan también saberes populares, y siendo los organismos que administran justicia, los llamados a observar los mismos, tal realidad jurídica social vincula su estudio como parte de la temática.

6. Las Representaciones sociales, RS, y el *nuevo derecho* en Colombia

En la preocupación por entender la naturaleza del pensamiento social, surgen los estudios sobre las Representaciones Colectivas de Durkheim (1968) consideradas substratos de la conciencia colectiva, las sitúa en el mundo de los hechos sociales inmateriales y trascienden al individuo. Su postulado sentó las bases para una concepción de la mente como un producto de la historia y de la cultura. Ideas que son reconocidas por Moscovici (1979) como un significativo precedente de su tesis. En su estudio el redefinir los problemas y conceptos de la psicología social a través de las RS “insistiendo en su función simbólica y su poder para construir lo real” (p. 9) Moscovici (1961) vincula la noción de representaciones sociales con una explicación del sentido común. Utiliza la técnica de encuesta y el análisis de contenido de la prensa para identificar la definición, el fin y el campo de aplicación del psicoanálisis y con ello esbozar su imagen y los procesos que lo constituyeron, “el examen de las actitudes y de las fuentes de información me lleva a tratar también su constitución en objeto social” (p.23). La observación de la manera “como esta ciencia corrientemente es hablada y pensada, completa el cuadro de su representación social que quise dibujar” (p.24). Su proceso de teorización obtenido fundamenta el abordaje de las RS en las diferentes perspectivas y nociones científicas.

Moscovici (1979) incorpora en su estudio nociones de otras disciplinas tales como los conceptos de asimilación y acomodación de Piaget (1984), que le permitieron explicar el proceso de formación y funcionamiento de una RS;

procesos cognitivos frente a la realidad; la construcción social la cual intenta descubrir la relación entre la representación y el objeto que la origina, su surgimiento y evolución a través de la comunicación. Contrasta mito y representación y termina señalando que el primero desprecia el sentido común, "...tenemos que encarar la representación social como una textura psicológica autónoma y a la vez como propia de nuestra sociedad, de nuestra cultura" (p.29) Para él la Imagen resultan sensaciones mentales, impresiones "...que los objetos y las personas dejan en nuestro cerebro..." (p.31)

Parte que la RS indica que, en el fondo, el sujeto y el objeto no son heterogéneos en su campo común. El objeto existe para los sujetos en función de los medios y los métodos que permiten conocerlos. Cuando expresa su opinión sobre el objeto se supone que se lo ha representado, que el estímulo y la respuesta se forman conjuntamente. Explica Moscovici (1979) que considerar que la RS es una preparación para la acción lo es en la medida que remodela y reconstituye los elementos del medio donde el comportamiento debe tener lugar, dónde se integra en una red de relaciones que dan sentido al comportamiento; están destinadas a interpretar y construir lo real, crea conocimientos que se utilizan en la vida cotidiana, los comportamientos se cargan de significados. Las RS hacen que el mundo sea lo que pensamos que es o debe ser.

Como dimensión de los grupos sociales la RS para Moscovici (1979) cada universo de opinión tiene tres dimensiones: *la información, el campo de representación o la imagen y la actitud*. La primera se refiere a los conocimientos de un grupo con respecto al objeto social en estudios. El segundo remite a la idea de imagen, de modelo social, al contenido concreto y limitado de las proposiciones que se refieren a un aspecto preciso del objeto de la representación. La actitud dispone la orientación global con el objeto de la representación, es decir una postura favorable o desfavorable. Las tres dan idea del contenido y sentido de la RS.

En su proceso de elaboración de las RS, Moscovici (1979) señala que en primer lugar se da en una instancia cognitiva "la provisión de índices y de significantes que una persona recibe, emite y trama en el ciclo de las

infracomunicaciones, puede ser superabundante”; los signos lingüísticos se enganchan a *estructuras materiales*, se trata de acoplar la palabra a la cosa, de allí que exprese que *la objetivación* “lleva a hacer real un esquema conceptual, a duplicar una imagen con una contrapartida material” (p.75) Al objetivar el sujeto se encuentra ante una serie de fenómenos “que se toma la libertad de tratar como le parece. El testimonio de los hombres se transforma en testimonio de los sentidos, el universo desconocido se convierte en familiar para todos” (p.75). Esto permite a un grupo crear un saber común sobre la base del compartirlo, le asignan un contenido y la organizan en discursos sobre la realidad; transferir la imagen mental en algo que existe en el mundo físico.

La RS como acción se define *el anclaje*, como un proceso mental de apropiación de la realidad, en un contexto de producción colectiva, a través de las comunicaciones compartidas, se integra a la objetivación, se trata de anclar la representación en el espacio social para su uso cotidiano; permiten la articulación de lo nuevo con lo antiguo. “La objetivación traslada la ciencia al dominio del ser y el anclaje la delimita en el deber hacer, para controlar la prohibición de la comunicación” expresa Moscovici (1979, p.121). Así que en una sociedad rebosada de información lleva consigo un sinnúmero de representaciones e imprimen su condición de producción y circulación allí donde es producida.

La RS objetivada, naturalizada y anclada permite explicar y orientar comportamientos. Las diferentes orientaciones que toman las RS se relacionan con las preocupaciones de la colectividad, puede aclarar un aspecto nuevo y estructurarla “en una red de significados que forma parte del acto de representarse y de sus prolongaciones” (p.148). Entonces si acordamos con Moscovici el estudio de la RS sobre teoría y práctica del Derecho, en sus nuevas propuestas, representa también el estudio de nuestra sociedad colombiana tal como se presenta en relación con el tema propuesto.

Luego de un interesante recorrido sobre una “cartografía simbólica” de las RS, como antesala a su análisis sobre una concepción posmoderna del derecho De Sousa-Santos (1991), expone conceptos e instrumentos de su cartografía simbólica

del derecho. Parte que en la sociedad circulan no una, sino varias formas de derecho o modos de juricidad; de la pluralidad de los órdenes jurídico, pero que las distintas formas de derecho"...tienen en común el hecho de ser mapas sociales y, tal como los mapas cartográficos, recurren a los mecanismos de la escala, de la proyección o de la simbolización para representar y distorsionar la realidad" y que en su selección se encuentra su diferencia (p.18). Entiende éste pluralismo como "... la superposición, articulación e interpenetración de varios espacios jurídicos mezclados, tanto en nuestras actitudes, como en nuestros comportamientos y actitudes, ya sea en momentos de crisis o de transformación cualitativa en las trayectorias personales y sociales, ya en la rutina fría del cotidiano sin historia" (p. 21). Ejemplifica el autor su contenido expuesto con los trabajos de investigación realizados en Brasil, Portugal y cabo Verde; la cartografía simbólica del derecho tiende a abrir el camino para "... un nuevo sentido común jurídico "ya que el único objetivo legítimo de la ciencia es la constitución de un nuevo sentido común. De esta manera se configura un derecho posmoderno entendido como un estudio de las escalas, de las proyecciones y de las simbolizaciones.

Conceptos como *interlegalidad*, explica Boaventura que "los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos y por eso también los elementos de esta perspectiva son siempre desiguales e inestables. Esto porque el modo como se piensa y analiza, las practicas institucionales dominantes dependen del autoconocimiento producidas por los profesionales que les sirven. Así mismo, el estudio del impacto social monopolizó lo que mejor se produjo en la sociología durante muchos años, hizo olvidar que entre los intereses y los impactos estaban las cosas instituidas, su materialidad propia, sus formas de autoorganización donde se generan resistencias y efectos perversos, neutralizaciones y bloqueamientos, autonomía y creatividad.

Finalmente para el autor las virtudes de un abordaje centrado en escalas, proyecciones y simbolizaciones, reside en la combinación entre análisis estructural y análisis fenomenológico. Todos los conceptos con que se aborda la realidad tienen una textura espacial, física y simbólica que suele escaparse "por el hecho

de que nuestros instrumentos analíticos están de espaldas a ella pero que, vemos ahora, es la clave de la comprensión de las relaciones sociales de que se conforma cada uno de estos conceptos” el modo como imaginamos lo real espacial puede convertirse en la matriz de las referencias con que imaginamos todos los demás aspectos de la realidad.

Representaciones sociales y el nuevo derecho se refuerzan con el reconocimiento del discurso de los implicados en la formación y práctica jurídica, pues constituye un punto focalizado del simbolismo que circula en la cultura jurídica colombiana. Este marco cultural da cuenta de las valoraciones, creencias y costumbres en el uso del derecho, se muestra como un reto reconocer a profundidad los contenidos de un tema vigente y su ubicación dentro del tránsito cultural hacia el claro ordenamiento de legislar en principios y valores ínsitos en un estado Social de Derecho en Colombia.

CAPITULO
II MARCO METODOLOGICO
Diseño de la investigación

Contexto epistémico de la metodología

En correspondencia con la perspectiva epistémica de delimitación del objeto de estudio, el referente empírico, en esta sección, se interesa por la manera en la que los individuos crean y atribuyen significaciones sobre el Estado Social del Derecho y el Derecho Positivo, desde el proceso de formación del abogado y desde la práctica judicial. La búsqueda de datos se orienta a *la comprensión*, a reconocer el sentido de lo dicho y escrito, en un intento por capturar los procesos de descripción e interpretación que guían el comportamiento de los individuos. Está inserto en la aportación de Glaser y Strauss (2002), Teoría Fundada, en su señalamiento “...la recolección de datos, el análisis y la teoría que surgirá de ellos guardan estrecha relación entre sí...” (p.13) y en Blumer (1982) Interaccionismo simbólico, que atribuye importancia primordial a los *significados sociales* que los sujetos asignan al mundo que los rodea; referentes que se conjugan en la perspectiva de *Estudios Interpretativos*. Puntualiza en un estudio cuya naturaleza implica una indagación sistemática y en profundidad de una entidad educativa universitaria y su Escuela de Derecho y la práctica judicial expresada en las Sentencias de los Jueces. Como todo análisis de datos cualitativos sustenta un proceso que se pone en juego en todos los Momentos de la investigación.

Método de recogida de información: Teoría Fundamentada

En éste caso para profundizar acerca de significados y sentidos, que desde el proceso de formación del abogado, lo que he llamado la tarea educativa, se

reconocen en relación con el conocido como *Derecho Positivo*, asociado con la normativa y el propuesto, a partir de la Constitución de 1991 en Colombia, como *Estado Social del Derecho*, vinculado con el ejercicio de los Derechos Humanos. De manera importante y acompañada se realiza *muestreo teórico* o “recolección de datos...basada en el concepto de *hacer comparaciones...*que maximicen las oportunidades de descubrir variaciones entre los conceptos...” (Strauss y Corbin, p. 219)

Dispositivos para la recolección de datos

La investigación en curso opta por la búsqueda de los datos directamente de las fuentes por el investigador a los sujetos en estudio (investigación primaria) pero también serán tomados de los registros realizados en documentos públicos, contenidos en sentencias judiciales (investigación secundaria), a fin de obtener evidencias sobre tendencias en el área contenido del análisis. En el primer caso, se recurrió a entrevistas no directivas, cuestionarios y guías de observación de ser requeridos; en el segundo, a la producción textual (documental), para encontrar el significado implícito de los textos.

De ambas fuentes, lo importante es que “para la construcción de los datos se emplea materia prima que procesaremos a partir de nuestras propias teorías, en lugar de utilizar un producto ya elaborado” (Vieytes, (2004, p. 266), es decir, faciliten la pesquisa acerca de *qué* manera se define la realidad que se afronta, a través de argumentos y contenidos que leídos e interpretados adecuadamente, informarán de las diferentes dimensiones de la vida social y cobren sentido. De tal manera que:

Se utilizaron *Entrevistas no directiva*, para lo cual se elabora un guión en dónde la secuencia de las preguntas estará determinada por el desenvolvimiento mismo de la conversación, de manera que pueden surgir temas importantes no previstos originalmente por el investigador, en razón del tema y subtemas que se esperan cubrir.

Análisis de contenido “consiste en proporcionar conocimientos, nuevas intelecciones, una representación de los *hechos* y una guía práctica para la acción”

(Krippendorff, (1990 p. 28). Con esta herramienta se apunta a la reducción de la complejidad de la información, mediante técnicas de codificación y distribución de frecuencias.

Análisis del Discurso. Uno de sus rasgos sobresalientes “es su marcado interés por los mecanismos de *producción de sentido*” (Vieytes, (2004, p.299), busca según la autora, develar en los hechos de lenguaje sus anclajes espaciales, temporales y sociales; cómo se construye lo social. Esto lo hace pertinente con los estudios legales, de formación y administración de justicia, Esto requiere seguir tres puntos: (a) definición del proceso que se quiere analizar (b), conformación del Corpus o selección del material relevante y (c) análisis propiamente dicho.

La materialización del texto o conformación del Corpus la constituye:

Tarea Educativa: Políticas de Escuela de Derecho

Práctica Jurídica: Sentencias

Escenario de Estudio e Informantes

El escenario correspondió a la Escuela de Derecho de la Universidad Gran Colombia, institución que contempla el compromiso de formación adecuada a los nuevos escenarios de política para el desarrollo del país. La carrera de Derecho, reconocida oficialmente en 1951, oferta programas de postgrado: Especialización en Casación Penal, Derecho Penal y Criminología, Maestría en Derecho, con énfasis en Derecho Penal y Criminología.

Derecho Público con las especializaciones de Derecho Administrativo, Contratación Estatal y su Maestría en Derecho Público, con énfasis en Derecho Administrativo o Ciencia Política; área de Derecho Privado con la Especialización en Derecho de Familia, Derecho Laboral y Derecho del Trabajo. Como forma de triangulación necesaria se revisaron sentencias judiciales y se hicieron entrevistas a jueces.

En virtud del interés que su perspectiva representa se entrevistaron:

Informantes claves, que proporcionaron información sobre la situación local donde se realiza el estudio, sin que necesariamente los tópicos tratados se relacionaran directamente con los objetivos de la entrevista. En esta fase de acceso al campo de trabajo se entrevistó a autoridades y coordinadores a los fines de ofrecer información sobre el propósito de la investigación, obtener el permiso respectivo para realizar la recogida de información y reconocer los informantes representativos.

Informantes representativos, aquellos sujetos que dan información directamente relevante para los objetivos de la investigación. El grupo de informantes se conformó por tres estratos o sectores:

Diez (10) Estudiantes de la Universidad La Gran Colombia, Sede Bogotá, D.C. (Colombia), identificados a continuación:

Cuadro 2.

Informantes claves estudiantes, Universidad la Gran Colombia

Código	Sexo	Iniciales del nombre	Semestre que cursa
E-01	F	LMP	9°
E-02	M	DAAN	9°
E-03	M	AFTH	7°
E- 04	F	AP	7°
E-05	M	BC	6°
E-06	M	CC	7°
E-07	F	MPF	8°
E-08	M	JV	9°
E-09	M	ACRN	8°
E-10	F	KA	8°

Cuadro 3.

Informantes claves docentes, Universidad la Gran Colombia (46)

Cinco (5) Docentes de la carrera de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, Sede Bogotá, D.C. (Colombia), identificados a continuación.

Código	Sexo	Iniciales del nombre
D-01	M	OPM
D-02	M	VAMS
D-03	M	JM
D-04	M	OA
D-05	F	ASC

Cuadro 4.

Informantes claves funcionarios judiciales de la Rama Judicial de Colombia.

Cinco (5) Funcionarios Judiciales (abogados con cargo de Jueces) de la Rama Judicial de Colombia, identificados a continuación:

Código	Sexo	Iniciales del nombre
A-01	M	R
A-02	M	CC
A-03	M	EFGB
A-04	M	CAGM
A-05	M	CJV

Técnica y Procedimiento para la Organización y Análisis de la Información

Para este punto se siguió lo contemplado en la Teoría fundamentada desarrollada por Strauss y Corbin (2002), con sus estrategias principales *de método comparativo y el muestreo teórico*. Con el primero, se realizará simultáneamente la codificación y el análisis de los datos, buscando desarrollar conceptos, luego mediante la comparación continua de incidentes específicos, refina los *conceptos*, identifica sus *propiedades*, explora *interrelaciones* para integrarlos en una teoría coherente. Con el segundo, *el muestreo teórico*, se va agregando a los sujetos o situaciones observadas, entrevistas adicionales tratando de ahondar en puntos de interés. Esta técnica inductiva facilita la construcción *de conceptos* a partir de las *categorías emergentes*, es decir la teorización que aporta el estudio, emerge de los datos.

Según Strauss y Corbin (2002), con el proceso de codificación, se sistematiza en matrices el tratamiento reflexivo previo, con lo cual se asigna a cada texto analizado códigos como forma de etiquetar las *categorías emergentes*. Se trata de identificar conceptos, y descubrir en los datos sus propiedades y dimensiones, lo que se llama *Codificación abierta*; se relacionan las categorías a sus subcategorías, alrededor del eje de una categoría para enlazar las categorías en cuanto a sus propiedades y dimensiones entendidas como *Codificación axial* y, finalmente, se realiza la *Codificación Selectiva*, para el proceso de integrar y refinar la teoría.

Los procedimientos descritos conforman la fase denominada por Strauss y Corbin (ob. cit.) Microanálisis y la segunda fase, llamada Teorización surge a partir del proceso de codificación selectiva, donde se integra y refina la teoría alrededor de conceptos explicativos de mayor abstracción. El micronálisis conforma el capítulo del trabajo identificado como Hallazgos y la teorización en el capítulo de cierre o conclusiones.

Credibilidad y Fiabilidad

En la investigación cualitativa los conceptos de validez y confiabilidad adquieren un significado diferente del asignado en la investigación cuantitativa. La

confiabilidad está dada por la concordancia en las conclusiones obtenidas respecto a estudios de la misma realidad y la validez por la coherencia lógica interna de sus resultados.

Guba y Lincoln (1981), al referirse a las condiciones que hay que tomar en cuenta a fin de llenar los requerimientos de la indagatoria científica, plantean la necesidad de pensar en aspectos como la verdad, la aplicabilidad, la consistencia y la neutralidad, es decir, la confianza en las interpretaciones dentro del contexto en el cual se realizó el estudio, el grado en el cual los resultados podrían ayudar a explicar fenómenos con características y contextos similares y la probabilidad de que los resultados sean una interpretación adecuada de lo que los datos han evidenciado.

En la búsqueda de alcanzar la credibilidad y fiabilidad se emplearon las siguientes estrategias para propender a ello:

1. Búsqueda de reiteración de información o triangulación: Durante el trabajo de campo se cumplieron acciones de reiteración de preguntas a través de formas equivalentes de las mismas; así, en diversos momentos de la entrevista se volvió a preguntas o cuestiones abordadas en otro momento de la misma entrevista. De igual manera se pidió a los informantes clarificar sus ideas hasta que se estuvo segura de lo que él o ella querían decir, en lo que se denominó muestreo teórico.

2. Descripción detallada del proceso metodológico seguido en la investigación: se explica de manera minuciosa el procedimiento aplicado desde la recogida y conservación de la información hasta la elaboración de las conclusiones.

3. Conservación de la realidad estudiada: Grabaciones, notas de campo, registros descriptivos se conservan para revisión y análisis de otros investigadores o para constatación de los evaluadores de la investigación

4. Inclusión de descripciones contextuales y gráficas: Se incluyen en la sección de hallazgos o resultados, como contexto de la información, descripciones detalladas, materiales visuales y citas directas que captan perspectivas y experiencias personales y proveen mejores verificaciones de los datos.

5. Verificación con el tutor: La revisión con la tutora de los registros descriptivos permitió explorar aspectos que pudieron haber sido obviados por el

investigador. También sirvió de ayuda para detectar, a través de sus comentarios o preguntas, posibles sesgos y examinar sus causas.

De la manera señalada, se considera que se logró un adecuado procesamiento y logro de los objetivos propuestos.

CAPÍTULO

III LOS HALLAZGOS

A continuación los hallazgos obtenidos a partir de las entrevistas, instrumento que permitió ofrecer respuesta a los objetivos específicos planteados. Oportuno recordar que se tomó como orientación para el análisis de la información los procedimientos sugeridos en Teoría Fundamentada (Strauss y Corbin, 2004).

Estos procedimientos contemplan dos fases: la primera denominada Microanálisis consiste en: la codificación abierta, la cual permite la generación de categorías a partir del corpus o base de datos. Cada categoría se describe y en algunos casos se apoya con testimonios de los informantes, identificada la autoría del testimonio con el código del informante. Seguidamente la codificación axial, representada en un gráfico resumen que permite visualizar y relacionar las categorías emergidas y dar origen a conceptos integradores de mayor nivel de abstracción cuya descripción conforma la codificación selectiva. Estos tres elementos del microanálisis se incorporan en este capítulo. La segunda fase llamada Teorización se compendia en el capítulo siguiente de Conclusiones.

Se organiza la presentación de los resultados en función de: (a) grupos de sujetos informantes; (b) dimensiones planteadas por Moscovici para las representaciones sociales; (c) las fases y etapas de análisis planteadas por Strauss y Corbin como procedimiento para aplicar la Teoría Fundamentada o generación de teoría a partir de los datos.

El orden establecido es como sigue:

- Estudiantes
- Docentes

- Abogados litigantes

Para los grupos de informantes el orden de presentación de las dimensiones de las representaciones sociales es:

- Dimensión Información (Lo sabido)
- Dimensión Campo de Representación (La imagen)
- Dimensión Actitud (La disposición)

En cada dimensión referida se plantea el microanálisis en el siguiente orden:

- Codificación Abierta
- Codificación Axial
- Codificación Selectiva

Concluida la presentación de resultados de las entrevistas aplicadas a estudiantes, docentes y abogados litigantes se presenta el análisis de las sentencias revisadas.

A continuación los resultados obtenidos:

Dimensión Información (Lo sabido)

Codificación Abierta

Visión estática versus visión dinámica, generalización versus especificidad, antiguo versus moderno, derecho clásico versus derecho transformador, como conceptos dicotómicos que resumen las diferencias entre Derecho Normativo y Nuevo Derecho

Para todos los informantes estudiantes la distinción entre las dos corrientes del derecho en estudio estuvo centrada en reconocer el derecho normativo como interpretaciones que permanecen en un mismo estado a lo largo del tiempo para las situaciones jurídicas, de carácter taxativo; mientras el nuevo derecho como posibilidad de cambio en atención a principios que devienen en decisiones que sientan jurisprudencia para casos equivalentes.

Bajo esta óptica, el Derecho Normativo está sometido a la interpretación del juez sobre la norma que corresponda a la situación jurídica, representando una inferencia deductiva válida para todos los casos, de carácter universal en una determinada legislación; lo que pudiera generar injusticias o insatisfacción en los juzgados, sobre todo cuando corresponde a asuntos polémicos desde el punto de vista social y público. Mientras en el Nuevo Derecho una situación jurídica puede ser objeto de decisiones no apegadas a la norma clásica en atención a la consideración de principios específicos aplicables a la misma.

Algunos testimonios que evidencian la contradicción descrita son:

Entiendo como viejo derecho a esa postura doctrinal donde hay una prevalencia de la norma, una postura muy radical, positivista, Kelseniana. Y por el otro lado el nuevo derecho es la evolución de éste donde se ven algunas adaptaciones a través de interpretación y regulación de situaciones jurídicas mediante sentencias judiciales, que tienen un efecto irradiador (E-07).

El nuevo derecho hace referencia a esa ponderación y aplicación de principios específicos a las situaciones o problemas jurídicos que se presentan, consagrados posteriormente en los precedentes judiciales... el viejo derecho hace referencia a la aplicación de las normas de una manera más formalista, casi textual (E-02)

El informante (E-03) al conceptualizar el Nuevo Derecho afirma: “no es estático, sino es cambiante, hay aplicación del precedente judicial y se evidencia la noción del Estado Social de Derecho”. Al realizar este último señalamiento reconoce la responsabilidad del Estado no sólo de respetar la legalidad (respeto y cumplimiento de la Constitución y las leyes), sino de respetar y proteger los derechos de los ciudadanos. Al realizar este último señalamiento reconoce la responsabilidad del Estado no sólo de respetar la legalidad (respeto y cumplimiento de la Constitución y las leyes), sino de respetar y proteger los derechos de los ciudadanos.

Cuatro de los docentes informantes coinciden en ubicar el auge del derecho normativo a los siglos XVIII y XIX, positivista, distinguido por aplicación taxativa de la ley, expreso para Colombia en la Constitución de 1986. Y el Nuevo Derecho a los siglos XX y XXI, caracterizado por cambios en la fuente de derecho, especial

reconocimiento de los principios, papel preponderante de la jurisprudencia y en consecuencia mayor atención del ser humano visto no sólo desde lo jurídico sino también como miembro de una sociedad.

El nuevo derecho lo podemos ubicar en el siglo XX y XXI donde las fuentes de derecho también cambian y la jurisprudencia empieza a tener un papel muy importante (D-02)

En el nuevo derecho tenemos más avances de tener en cuenta a las personas frente a sus principios fundamentales que no tenía la anterior constitución (D-04)

El derecho normativo es la aplicación taxativa de la norma, recuerda la premisa lex dura lex, y el nuevo derecho la aplicación de los principios en todos los campos del derecho (D-05).

Para los abogados el derecho normativo es asociado a derecho positivo, seguridad jurídica, aplicación rígida de la ley obligatorio cumplimiento de la norma jurídica. El informante A-01 lo resume en términos como: “*postura liderada por Hans Kelsen, derecho positivo donde derecho es igual a cumplimiento de norma jurídica”.* Para el informante A-02 se expresa en el aforismo romano “*dura lex sed lex*” que significa “dura es la ley pero es la ley”.

El Nuevo Derecho lo conciben asociado a transformación, a Neoconstitucionalismo, respeto a los principios fundamentales como garantía de dignidad humana. Medio de defensa de la población menos favorecida a través de la aplicación de criterios amplios que propende a mayor justicia en la resolución de conflictos. “*El Nuevo Derecho es una nueva forma de interpretar y de entender lo que tiene que ver con el derecho y con las relaciones jurídicas de las personas*” (A-04)

Derecho Normativo como hermenéutica textualista de reglas y normas

Fue común en los estudiantes referirse al Derecho Normativo con calificativos como positivista, taxativo, exegético, cerrado, formal. Adjetivos que corroboran la común visión de esta corriente: el Derecho Normativo como aplicación formal de la norma, con decisiones que no admiten discusión, cuya interpretación se extrae del texto de la norma, y el papel del jurista se limita a la

búsqueda de la norma adecuada, sin considerar en el proceso judicial el marco donde se ejecuta la acción.

El informante E-08 considera incluso que en el viejo derecho no se podría hablar de hermenéutica pues no se aprecia *“creería que en el viejo derecho no se podría hablar de hermenéutica jurídica tan marcada ya que la hermenéutica es el arte de interpretar y si nos referimos al viejo derecho no hay una interpretación tan abundante en diferentes campos del derecho”*

Para todos los docentes informantes, en esta corriente el sistema jurídico debe sujetarse a la ley y el orden, lo contrario significa estar fuera del contexto del derecho. Las reglas diseñadas por el legislador y sancionadas por el Congreso son aplicables a casos concretos, evidencia del principio *“Dura lex, sed lex”*.

El informante D-05 comenta: *Por ello se plasmó en forma escrita y como es escrita, escrita está y no puede haber otra interpretación distinta a su taxatividad, sino qué razón tendría que existiese la norma, el fin mismo de ella es su aplicación y la creación de efectos jurídicos, tan así es, que siempre debe citarse para cualquier circunstancia, desde una demanda, una tutela, una sentencia hasta la misma Corte Constitucional.*

Para los abogados litigantes el derecho normativo es el procedimiento de interpretación propio de la corriente y escuelas del derecho normativo o clásico que descansa en el criterio formalista de la regla y de la ley, en la rigidez, fidelidad a la norma, lo que dice la norma es lo que se va a aplicar

Ineludiblemente descansa en ese criterio formalista de la regla y de la ley, en los códigos napoleónicos y distantes de lo que implica socialmente; es decir, el viejo derecho basado en la ley positiva obliga a la sociedad a cumplir leyes y las formas que le imponen los gobernantes de turno. (A-02)

Nuevo derecho como hermenéutica de ponderación de principios

Los estudiantes, a pesar de conceder respuestas escuetas, en su mayoría asumen que en el Nuevo Derecho los principios constitucionales adquieren preponderancia, sin desconocer que esos principios están establecidos en el derecho normativo, incluso que corresponden a tratados internacionales; pero que la

hermenéutica de los mismos exige una adecuada selección de los principios que aplican a cada caso o situación jurídica y que en su ponderación (estimación) es necesario revisar los precedentes judiciales existentes.

Testimonios que resumen la descripción realizada la ofrecen dos informantes: *Es posible afirmar que es una ponderación de principios donde prevalecen los principios constitucionales supremacistas de tratados internacionales sobre las leyes explícitas y consagradas en la legislación.... para aplicar lo que sea más prevalente a los derechos humanos en especial al derecho de la dignidad humana (E-03)*

Hay que tener en cuenta que en el Nuevo Derecho la aplicación de la hermenéutica es muy importante y trascendental al momento de descubrir derechos o de descubrir principios; ya que es importante reconocer que los principios no se crean sino se descubren a partir de la interpretación que generan los operadores judiciales. (E-08)

Esta postura la sustentan también los informantes docentes. D-02 y D-04, afirman que la metodología de ponderación de principios es pertinente cuando los principios entran en conflicto entre distintos doctrinantes o en diferentes tribunales constitucionales.

Para los abogados litigantes en el Nuevo Derecho predomina la ponderación de principios, test de igualdad, y las interpretaciones abiertas. Dan por sentado la existencia de interpretaciones alternativas a la ley basado en el principio de "common law" que contempla que los casos se deben resolver tomando como referencia las sentencias judiciales previas. Se apoya en el principio "in dubio pro actione" que postula los fallos en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción y, por lo tanto nunca se actuará en contra de la dignidad humana. Conforman esta corriente el reconocimiento de la función social del derecho. El informante A-03 no considera apropiado designar esta corriente con el nombre de Nuevo Derecho, es mejor señalar que constituye un derecho novedoso para el país. Los testimonios que siguen ilustran lo señalado:

El juez está hoy obligado a fallar sus casos respetando los principios generales de derecho, porque mal haría un juez laboral que no falle basado en principios, o no cumplir con el principio indubio pro operario, y menos fallar en contra de la dignidad humana del trabajador. No respetar los principios del nuevo derecho en los cuales está basado el nuevo

derecho será volver a épocas oscurantistas en donde los trabajadores eran propiedad de los grandes terratenientes, por no decir del esclavismo. (A-02)

Al observar la aplicabilidad del derecho y la creación jurídica, en ese orden de ideas estaríamos hablando directamente del sistema del Common law y si a eso le hablamos como un nuevo concepto de derecho pues no es tan nuevo derecho porque vale recordar que los primeros que hablaron de eso fueron los alemanes en el siglo XIX (A-03)

El nuevo derecho lo entiendo más como esas nuevas teorías respecto a la interpretación del derecho tanto en sus principios y valores, y sus normas, el derecho constitucional no cabe duda que ha sido así (A-04)

Metodología de ponderación de principios es aplicable en ambas corrientes del derecho

Para tres de los informantes docentes (D-01, D-03 y D-05) la metodología de ponderación de principios es aplicable en cualquier corriente del derecho y el Estado de derecho exige su cumplimiento. Es decir, los principios están y se aplican a casos concretos, son ejes rectores para legislar. En el Nuevo Derecho lo que los caracteriza es la forma como los aplican, pues puede aplicarse sin que medien normas expresas.

Hay unos principios pero generales del derecho como la buena fe, el debido proceso, teoría de la imprevisión... (D-03).

Los principios también son rectores para la ley, sin que ello implique que se apliquen ambiguamente, el nuevo derecho también los emplea, lo que marca la diferencia es como los aplican pues según esta nueva forma jurídica de ver el derecho los aplica sin que medie la norma; en palabras más claras es una salida sin ley (D-05).

Pro Homine como contenido que caracteriza al Nuevo Derecho

El carácter de universalidad de los derechos humanos se deriva de la dignidad inherente e igual de todas las personas. Los estudiantes informantes corroboran la preponderancia de los principios como contenido fundamental del

Nuevo Derecho. Esto implica no sólo preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental sino elegir en caso de aplicación de varias normas la que sea más favorable a la persona. “*El contenido que caracteriza al nuevo derecho es básicamente el establecimiento de dos grandes principios, el principio pro homine y el principio pro libertatis, y esto básicamente a través de la hermenéutica jurídica que se establezca en las altas cortes especialmente en una Corte Constitucional que es la que se encarga de garantizar los postulados constitucionales y los derechos humanos*” (E-08).

La imagen que identifica al Nuevo Derecho es “*sin duda la dignidad humana, no sólo es de orden constitucional sino universal, derechos humanos deben sobrepasar por encima de cualquier cosa, la dignidad humana como fundamento principal*” (E-06).

Los estudiantes entrevistados coinciden en señalar que la idea o representación que se tiene del Nuevo Derecho es la protección de los derechos humanos, convirtiéndose en instrumento de cambio social en correspondencia con estándares básicos internacionales pero integrada en estrecha relación a deberes y responsabilidades que de ellos se desprenden.

En este sentido, expresa el informante E-02 que dignidad humana y norma justa conforman una relación armónica:

No debe ser excluyente la consideración de no aplicación de norma injusta y derechos humanos. Creo que debe haber una relación armónica... consiste en velar por el respeto de la dignidad humana, y ver cómo se va a aplicar o resolver de una manera justa cada situación.

Los abogados litigantes coinciden en la apreciación de los estudiantes al considerar que el contenido del nuevo derecho lo constituye garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales relacionados con el respeto por la dignidad humana, los derechos humanos y la no aplicación de la norma injusta. Conforman el sentido social de la práctica jurídica. Esta ponderación de principios, de reglas, de directrices, no siempre responde a la norma jurídica instituida para el conflicto en proceso. El informante A-02 lo resume de la siguiente manera:

El nuevo derecho lo caracteriza el respeto por la dignidad humana, el cumplimiento de los derechos humanos y la no aplicación por parte del juez de las normas injustas, todo ello

para garantizar los ´principios constitucionales que hacen de la carta una verdadera normativización de derechos.

Diversidad de criterios en los docentes para identificar el contenido esencial del Nuevo Derecho

Los informantes docentes, difieren de los grupos anteriores (estudiantes y abogados litigantes) al considerar, excepto el informante D-01, además de la persona o la dignidad humana reflejada en los principios constitucionales diversos elementos como contenido esencial del Nuevo Derecho; las acciones de tutela, el juez constitucional, el tribunal constitucional, las sentencias constitucionales o interpretación de la norma escrita a partir de principios constitucionales ajustados a cada caso concreto *“debe pensarse en cada individuo de acuerdo a su comportamiento no solamente jurídico sino en la sociedad”* (D-04).

Para el informante D-05 el contenido que caracteriza el Nuevo Derecho frente a la aplicación de la norma, algunas veces la aplicación responde *“a caprichos o voluntades o intereses políticos o administrativos, o por la moda del nuevo derecho”*

Diferentes visiones acerca del Nuevo Derecho: perspectiva de cambio, enfoque en proceso de conformación, modo de pensar.

En los informantes estudiantes, docentes y abogados litigantes se evidencian diversas posturas: Para ocho de los estudiantes, informantes en el estudio, el Nuevo Derecho constituye una perspectiva de cambio. Posiblemente la concepción obedece a la presencia de elementos teóricos en el derecho colombiano que empiezan a visualizarse en cuestiones prácticas (por ejemplo, decisiones judiciales que otorgan a los derechos humanos preponderancia frente a una norma instituida) y que van generando posturas de tipo valorativo que conforman marco de referencia para actuaciones posteriores dentro del ámbito jurídico.

A mi juicio el nuevo derecho es una perspectiva de cambio se abandona un antiguo paradigma de la aplicación y la prevalencia de la norma legislada, de la norma positiva por la aplicación de precedentes y principios jurisprudenciales, es un cambio total de paradigma y una prevalencia del derecho (E-3).

Creo que se evidencia un cambio de paradigma dentro del marco que nos veníamos desempeñando los abogados, pues son postulados que no se podían ver en otros momentos históricos, es uno de los puntos más altos de evolución donde existe una prevalencia por los derechos humanos (E-7).

Entiendo el viejo derecho como el derecho aplicado solamente con la norma... y el nuevo derecho como aplicación de norma y principios. (E-10).

García Jaramillo (2008) considera que el Nuevo Derecho es un fenómeno que está en vías de alcanzar su mejoramiento, en permanente debate frente al Derecho Normativo. Sólo uno de los informantes estudiantes (E-01) coincide con esta visión al considerarlo un enfoque en proceso de conformación.

Los docentes 02 y 03 lo consideran un enfoque en proceso de formación, al respecto lo consideran muy dinámico, y aducen que la globalización, los derechos humanos y los tribunales supranacionales complejizan el Nuevo Derecho.

Para el informante D-04 constituye una perspectiva de cambio que se inicia con la Constitución de 1991 y hoy en día es referente obligado en materia jurídica.

Y para los informantes D-01 y D-05, contrarios al Nuevo Derecho, no conforman ni un cambio de perspectiva ni un enfoque en proceso de formación. Es simplemente un modo de pensar que no corresponde a la ley y el orden establecido en materia jurídica; al respecto señala el informante D-01:

Conforma un punto de vista, yo respeto la opinión ajena, la ley, y la autoridad, entonces yo respeto la autoridad que está dada en la Constitución de Colombia, respeto la opinión que tienen los demás juristas sobre el tema y respeto la ley, pero no comparto sobre el tema del nuevo derecho porque me parece que hay un desbalance en lo que significa el concepto del Estado de Derecho.

El informante D-05 acota: *Aquí no hay cambio es lo que hemos venido sosteniendo tan solo se sujeta a unos caprichos llevados por la moda de una corriente, saliéndose del campo de la aplicación de la ley.*

El Nuevo Derecho, a juicio de cuatro de los juristas entrevistados, constituye un enfoque distinto en proceso de conformación, le falta desarrollo y que hay que ajustarlo e integrarlo al existente. El informante A-03 considera que es un tema del siglo XXI que fomenta una nueva concepción del derecho.

Yo creo que es un enfoque, un enfoque que aún no le hemos encontrado nombre, un enfoque que le falta desarrollo. Creo que es una tendencia de la posmodernidad afirmar que todo lo hemos cambiado, todo lo antiguo a cosas nuevas, cuando no hay tal hecho; yo lo considero un enfoque distinto que hay que ajustarlo y que hay también que integrarlo a lo que ya teníamos para fortalecerlos jurídicamente. (A-04)

Constitución del año 1991 como fecha de inicio formal del Nuevo Derecho

Esta categoría fue común a los tres grupos de informantes, aunque con variaciones en el nivel de conocimiento. Los estudiantes no expresan seguridad al responder sobre la fecha de inicio del Nuevo Derecho. La mayoría (ocho informantes) asume tímidamente que la puesta en vigencia de la Constitución Política de la República de Colombia en el año 1991 marca el inicio del Nuevo Derecho, debido a la relevancia que a nivel mundial adquieren los derechos humanos y que son considerados en la Carta Magna del país. Incluso uno de ellos reconoce que no sabe de sus inicios.

Respecto a la genealogía del Nuevo Derecho, García Jaramillo (2008) expresa:

La sentencia de una alta Corte que se podría concebir como inspirada en el mismo es anterior a la Constitución del 91, y por lo tanto anterior a la Corte Constitucional. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (de 9 de octubre de 1990) que declaró constitucional el Decreto mediante el cual se convocó a elecciones para elegir una Asamblea Constitucional, cuya competencia no estaría limitada por reglas jurídicas, sino por un acuerdo político suscrito entre el Presidente electo y ciertos dirigentes políticos (p. 295).

El informante E-3 considera respecto a su origen: *Podría situarse en 1991 con la aparición de la nueva Constitución; esta carta política consagra la aplicación y la creación de*

una nueva jurisdicción constitucional enmarcada en la protección de la constitución, de los principios y derechos fundamentales de la persona, la prevalencia de la jurisprudencia y del precedente. (E-3).

Los docentes informantes sí reconocen el año 1991 y la puesta en vigencia de la Constitución de ese año como fecha que marca la aparición del Nuevo Derecho en Colombia. La carta Magna ofrece enfoques que lo favorecen, le da trascendencia y se genera el bloque de constitucionalidad con la creación del Tribunal Constitucional al que se asignan competencias para ejercer acciones de tutela. Además los tratados internacionales que surgen van conformando una situación propicia a la nueva corriente de derecho.

De igual manera, coinciden los informantes, abogados litigantes, en el año 1991 como fecha de inicio del Nuevo Derecho en Colombia, con la expedición de la Constitución Política Nacional que incorpora principios y valores referidos a los derechos humanos en correspondencia con las tendencias mundiales. Para el informante 03, Colombia inicia su materialización en esta fecha aunque a nivel mundial surge con la instauración de los conceptos de Estado Constitucional – Estado Social del derecho.

Escaso sustento teórico, en los estudiantes, sobre hitos, autores o enfoques teóricos de las corrientes del derecho en estudio.

Fueron vagas e imprecisas las referencias ofrecidas por los estudiantes acerca de hitos, autores o enfoques teóricos que tratan acerca del Nuevo Derecho. Los señalados para el Nuevo Derecho fueron: Hart y Dworkin (E- 02), Sentencias de la Corte Constitucional (E-03), Dr. Velandia (E-04), Dr. Diego López Medina (7), Dr. Ciro Angarita Barón (E-08), Robert Alexy (E-10). Esta categoría devela que el conocimiento sobre el Nuevo derecho no tiene suficiente anclaje teórico en este sector de los informantes.

Constitución Política de Colombia y obras de autores nacionales como fuentes que permiten la interpretación del Nuevo Derecho en los docentes y abogados litigantes.

Señalan los docentes importantes nombres de autores colombianos estudiosos del Nuevo Derecho, tales como Javier Tamayo Jaramillo, Carlos Ignacio Jaramillo, Diego López Medina. Este último con sus obras “El derecho de los jueces” y “Teoría impura del Derecho”. El informante D-04 señala que autores del derecho Normativo (Kelsen, Bobbio) han hecho posible la interpretación del Nuevo Derecho. Con base en los planteamientos de estos últimos surgen debates y decisiones acerca de matrimonios a la comunidad LGTBI, derecho de la mujer frente al patrimonio familiar.

Los informantes, del estrato abogados litigantes, abundan en autores y ejemplos de sentencias que representan esta corriente del derecho, entre otras sentencias refieren:

T-406 de 1992: Derecho a la salubridad pública, derecho al medio ambiente sano y a la salud de la población, por paralización, por parte de empresa privada de construcción de alcantarillado. La petición se encaminó a que el Tribunal ordene a las entidades demandadas la continuidad de la obra hasta su terminación, o la adopción de alguna medida que tienda a proteger a los residentes del sector.

C-836 de 2001: Derecho de seguridad jurídica, derecho a la igualdad- igualdad de trato en la actividad judicial. Decisión judicial que desconoce la jurisprudencia existente y trata de manera diferente casos previamente analizados por la Corte Constitucional. Se exige estabilidad de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.

C-426 de 2002: Derecho de institucionalidad política frente a cargos relacionados con interpretación y aplicación de normas.

T-760 de 2008: El derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Colección de casos donde se vulnera esta garantía; por ejemplo, Obstaculización de la prestación del servicio por exigencia previa de cancelación de suma de dinero, aún con demostrada carencia de capacidad económica.

T- 740 del 2011: El derecho al agua. Servicio público domiciliario, de protección internacional. Suspensión del servicio de agua potable por incumplimiento de pagos. Madre sin trabajo con cargo de dos hijos menores de edad.

Como puede observarse, estos ejemplos representan nuevas formas de litigio en el derecho referidas a derechos fundamentales contemplados en la Constitución. En autores señalan a Diego López Medina (colombiano), Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Duncan Kennedy, Robert Alexy (internacionales).

Relevancia del precedente judicial en el Nuevo Derecho

La decisión, a nivel de altas instancias judiciales, a quien corresponde garantizar la aplicación de los principios genera un precedente judicial. En el Nuevo Derecho más allá de la norma y de la selección de principios, el jurista apela al estudio de casos anteriores para hacer valer la jurisprudencia existente en torno a problemas o situaciones análogas. Nueve informantes, en el estrato de estudiantes, enunciaron y dieron en algunos casos énfasis al término “precedente judicial”

Reconocimiento de la Corte Constitucional como instancia judicial que salvaguarda la Constitución Política Nacional y la normatividad Internacional aplicable en la República de Colombia

Asignan todos los estudiantes, informantes de la investigación, que la Corte Constitucional es el órgano jurídico de mayor jerarquía, encargado de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución, y la normatividad internacional que aplique a Colombia. Incluye por lo tanto, el tratamiento de situaciones o problemas que afecten los derechos fundamentales de las personas. *“La Corte Constitucional, tiene como funciones velar por los derechos fundamentales de la personas y de esos derechos que están establecidos en la misma Constitución”* (E-09)

La aplicación de principios en el Nuevo Derecho obliga a dirimir los conflictos en esta corte, la cual ejerce jurisdicción cuando se trata de decisiones de tutela o de resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales o de derechos humanos establecidos a nivel internacional.

Corresponde a la Corte Constitucional realizar el control de Constitución, de las diferentes normas, y de la normatividad internacional que se aplique en el territorio colombiano. (E-10). Los informantes docentes coinciden en señalar como función de la Corte Constitucional la salvaguarda de los 380 preceptos establecidos en la Constitución Nacional. El informante D01 expresa que esta instancia no crea leyes, al hacerlo está vulnerando una función del poder legislativo y señala la necesidad de clarificar los roles de juzgador o juez/legislador. Al respecto precisa:

Cumple una función totalmente distinta el legislador es uno, el juez es otro, la función del legislador no se puede confundir con la función de juzgador, la Corte Constitucional es un juez encargado de ser guardián de la Constitución y un guardián no es el que le impone a la entidad que guarda cambios, no un guardián, no crea principios ni absolutamente nada, un guardián es aquel es aquel que vela por que la estructura de la Constitución se cumpla y se cumpla por todos incluido ellos, porque el artículo 90 de la Constitución dice que toda persona, todo funcionario, servidor público tiene responsabilidad, le manera que aun los magistrados de las cortes son responsables porque ellos están en la obligación de cumplir unos deberes asignados claramente, la Constitución dice claramente que es lo que tienen que hacer.

Los informantes D-02 y D-03 asignan funciones al servicio del Nuevo Derecho; tales como, dar curso a las acciones de tutela como mecanismo garante de la Constitución, y salvaguardar los derechos humanos. “*Tiene unas funciones taxativas entre las cuales está seleccionar la tutela para una eventual revisión, que me parece algo interesante como un mecanismo garante de los derechos*” (D-03).

También los abogados reconocen la Corte Constitucional como el máximo ente constitucional del país. Para los informantes A-04 y A-05 la Corte Constitucional es el máximo ente Constitucional del país. Maneja todos los temas en relación con carta magna del país y permea todas las ramas del derecho.

Decisiones que impliquen la ponderación de principios como circunstancia para la aplicación del Nuevo Derecho

Es del conocimiento de los informantes estudiantes que el Nuevo Derecho emerge como campo de aplicación cuando se trata de acciones judiciales que

involucren los derechos fundamentales de las personas. En estos casos es necesario no sólo determinar los principios afectados y las interpretaciones que mejor apliquen a la situación en estudio, sino también estimar o ponderar el principio que mejor favorece a la persona para realizar la sentencia de tutela. El informante E-3 considera que se hace visible también en la creación de nuevas leyes; y el informante E-04 señala la conveniencia de aplicación en todos los escenarios jurídicos.

La aplicación del Nuevo Derecho se interpone en la ponderación de principios en el momento de dictar un fallo en la corte constitucional... dándole prevalencia a los derechos fundamentales, para proteger la dignidad humana. Siempre debe aplicarse este Nuevo Derecho para la creación de nuevas leyes, la interpretación judicial que hacen los jueces al examinar la tutela y prevalecer uno un derecho sobre otro en un caso donde se enfrenten dos partes con un mismo problema en conflicto. (E-3).

La aplicación del Nuevo Derecho se debe dar en todas las instancias del derecho: dentro de los proceso laborales, dentro del proceso civil, dentro del derecho comercial, dentro de la cultura y nosotros somos hijos de nuestra propia historia y es ahí donde se debe vislumbrar y vincular, en los escenarios académicos y jurídicos en las altas cortes ahí es donde el nuevo derecho se debe vincular. (E-4).

Para los docentes la ponderación de principios tiene su mayor expresión en conflicto y temas de debate nacional, aspectos que constituyen situaciones concretas o propicias de aplicación del Nuevo Derecho, tales como la igualdad de género y la protección de niños y adolescentes. Expresa el informante D-03 que en el área de Derecho Civil ha conocido muy pocas actuaciones del Nuevo Derecho. Ejemplos de aplicación son:

Por ejemplo, el mínimo vital que en la constitución no se encuentra y a partir de este nuevo derecho se crea este derecho; otro es el estado de cosas inconstitucionales; y por último la Corte Constitucional en el 2010 en la sentencia T629 decidió garantizar y proteger los derechos a una trabajadora sexual. Ahí podemos ver que el derecho ha sido muy dinámico y que realmente existe un Nuevo Derecho. (D-02).

En el grupo de abogados litigantes fue común reconocer que el Nuevo Derecho es aplicable a situaciones jurídicas que involucren derechos humanos por constituir eventos o acciones de carácter supra legal. Ofrecen los informantes ejemplos de

campos de aplicación: en materia laboral, en salud, pensiones y reconocimientos de trabajadores de algunas prestaciones que eran vedadas por el sólo hecho de ser trabajadora del servicio doméstico, licencias de maternidad, reconocimiento de las prostitutas como trabajadoras sexuales.

Codificación Axial

A continuación el organizador gráfico que revela las relaciones establecidas entre las categorías emergidas en la dimensión Información (Lo Sabido)

Grafico 2. Relaciones establecidas entre las categorías emergidas en la dimensión Información (Lo Sabido)

Unidad Temática	Categoría(s) Emergidas	Concepto(s) Integrador(es)
Concepción	Visión estática versus visión dinámica, generalización versus especificidad, antiguo versus moderno, derecho clásico versus derecho transformador, como conceptos dicotómicos que resumen las diferencias entre Derecho Normativo y Nuevo Derecho.	Reconocimiento de existencia y de
	Derecho Normativo como hermenéutica textualista de reglas y normas	diferencias entre ambas corrientes del
	Nuevo derecho como hermenéutica de ponderación de principios	derecho
Contenido	Metodología de ponderación de principios es aplicable en ambas corrientes del derecho.	
	Pro Homine como contenido que caracteriza al Nuevo Derecho	Reconocimiento del interés del Nuevo
	Diversidad de criterios en los docentes para identificar el contenido esencial del Nuevo Derecho	Derecho en la dignidad de la persona

Unidad Temática	Categoría(s) Emergidas	Concepto(s) Integrador(es)
Características	Diferentes visiones acerca del Nuevo Derecho: perspectiva de cambio, enfoque en proceso de conformación, modo de pensar.	Ponderación de principios, precedente judicial, Corte
	Relevancia del precedente judicial en el Nuevo Derecho	Constitucional como instancia judicial, perspectiva de cambio
	Reconocimiento de la Corte Constitucional como instancia judicial que salvaguarda la Constitución Política Nacional y la normatividad Internacional aplicable en la República de Colombia	y de enfoque en proceso de conformación características fundamentales asignadas al Nuevo
	Decisiones que impliquen la ponderación de principios como circunstancia para la aplicación del Nuevo Derecho.	Derecho
Fundamentos	Constitución del año 1991 como fecha de inicio formal del Nuevo Derecho	Escasa fundamentación teórica y epistemológica sobre el Nuevo Derecho en estudiantes y docentes
	Escaso sustento teórico, en los estudiantes, sobre hitos, autores o enfoques teóricos de las corrientes del derecho en estudio.	
	Constitución Política de Colombia y obras de autores nacionales como fuentes que permiten la interpretación del Nuevo Derecho en los docentes y abogados litigantes.	Conocimiento argumentado de origen, autores y casos específicos de aplicación en abogados litigantes

Como se observa, la relación que se establece entre las categorías emergidas da origen a conceptos integradores que conforman la codificación selectiva

Codificación Selectiva

Reconocimiento de existencia y de diferencias entre ambas corrientes del derecho

Existe un expreso reconocimiento en los tres grupos de informantes acerca de la existencia y marcada diferencia entre dos corrientes dentro del derecho: el Derecho Normativo y el Nuevo Derecho. La diferencia entre ambas corrientes está basada en el origen, y en hacer del profesional del derecho, es decir en la metodología o procedimiento hermenéutico aplicado.

Las categorías emergidas revelan que los estudiantes han adquirido nociones sobre el Nuevo Derecho a partir de las actitudes o comportamiento de quienes ejercen labores profesionales en el área del derecho. Contrastan el ámbito, la forma de interpretación y la dinámica en la actuación de los legisladores entre el Derecho Normativo y el Nuevo Derecho. Se esfuerzan posiblemente más por la acción evidente en los juristas o en los juzgados, desconsiderando la importancia de la formación teórica como marco de referencia para una mejor clarificación y precisión sobre el tema, lo cual les proveería de mejores argumentos para como futuros abogados explicar a otro sobre el objeto de estudio. El nivel alcanzado por los informantes, todos cursantes de semestres que indican un 50 % de la carrera cursada, no justifican las respuestas escuetas, breves y sin alusión a la teoría del derecho.

En los docentes, a pesar de la presencia de dos docentes informantes en abierto rechazo a reconocer el Nuevo Derecho como corriente o perspectiva jurídica, establecen en sentido general diferencias básicas entre éste y el derecho normativo. Los derechos fundamentales de la persona, el papel de los precedentes judiciales y el privilegio a la persona son elementos distintivos que endosan al Nuevo Derecho.

Los juristas reconocen la existencia de una diferente forma de interpretación de la norma entre ambas corrientes. Así, para el Derecho Normativo admiten el uso de una hermenéutica textualista de reglas y normas, rígido, de obligatorio cumplimiento, mientras para el Nuevo Derecho admiten una hermenéutica de ponderación de principios.

Reconocimiento del interés del Nuevo Derecho en la dignidad de la persona

El significado más común de la dignidad humana hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de sus libertades. La necesidad de respetar la dignidad de la persona ha sido tema de interés a nivel mundial y se recoge en cartas, tratados internacionales y normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales del hombre. Los estudiantes estiman el Nuevo Derecho como garante de ello y además surge en uno de ellos la reflexión sobre el compromiso del Estado para velar y garantizar el cumplimiento de estos principios como prioridad en los asuntos jurídicos.

En el grupo de docentes hay ausencia de univocidad en torno al contenido del Nuevo Derecho, cada uno de los docentes alude a una dimensión diferente acerca del contenido esencial del Nuevo Derecho. No dejan de reconocer la dignidad de la persona como el eje rector pero agregan otros elementos, tales como los principios constitucionales, la acción de tutela, el nuevo papel del juez, la presencia de tribunal constitucional, todos ellos considerados por unos u otros de los cuatro informantes que aceptan la existencia de la corriente jurídica en estudio. Todos los elementos se consideran válidos.

Los juristas asumen los derechos fundamentales como base del Nuevo Derecho, asocian el Nuevo Derecho como corriente renovadora al Neoconstitucionalismo, cuyo centro básico lo constituye el respeto a los principios fundamentales como garantía de dignidad humana, lo que a su juicio propende a mayor justicia en la resolución de conflictos. Reconocen como referencia las sentencias judiciales. Los fallos ocurren a favor de la interpretación más favorable a la defensa y preservación de los derechos humanos.

Ponderación de principios, precedente judicial, Corte Constitucional como instancia judicial, y perspectiva de cambio características fundamentales del Nuevo Derecho

Estimación del principio que mayor aplicación existe en cada caso o problema objeto de interés jurídico, y que más favorece al implicado, la ponderación de estos derechos fundamentales es obligante en casos de colisión de principios; valor de la jurisprudencia existente en casos equivalentes; y la consideración del Nuevo Derecho como perspectiva de cambio representan el rumbo del Nuevo Derecho en consonancia con los nuevos paradigmas y cambios en el conocimiento y en la ciencia.

En los docentes surgieron tres posturas respecto al Nuevo Derecho: enfoque en proceso de conformación, perspectiva de cambio y modo de pensar contrario al Estado de Derecho que debe caracterizar el orden y la ley de un país. Aunque no se quiera reconocer el solo debate que suscita ofrece posibilidades de reflexión acerca de cómo aplicarlo y sobre la necesidad de ofrecer oportunidades de formación en torno a la evolución y necesidad del mismo frente a las nuevas tendencias y cambios mundiales en todos los aspectos de la vida y la sociedad.

Para los abogados tampoco hay univocidad acerca de si el Nuevo Derecho es un proceso en conformación o una perspectiva de cambio. Para los informantes que apoyan la primera opción le falta desarrollo e integración al existente. Para los defensores de la segunda visión es una corriente que ha transformado el fenómeno jurídico.

Señalan los informantes docentes y abogados litigantes dos condiciones o necesidades de la vida jurídica que exigen la presencia de otra manera de visionar y aplicar el derecho: los conflictos en torno a la aplicación de principios y tendencias mundiales en franco debate y que por diversas razones (inclusión y no discriminación, globalización, entre otras) deben ser atendidas jurídicamente.

Todos los informantes consideran la Corte Constitucional como instancia jurídica de gran importancia para salvaguardar los derechos fundamentales.

Escasa fundamentación teórica y epistemológica sobre el Nuevo Derecho en estudiantes y docentes

Es evidente en el estudio que los alumnos desconocen la historia del Nuevo Derecho, y con ello la evolución del área. Esta ausencia de bases teóricas y conceptuales puede representar un ejercicio profesional futuro signado por la ausencia de un trabajo reflexivo y consciente de los casos que requieran la asunción de esta corriente del derecho y de las formas de aplicación.

Ofrecieron los informantes docentes informaciones aisladas sobre los hitos, fuentes y autores del Nuevo Derecho a nivel mundial. A nivel local dos o tres autores y coincidencia en reconocer la Constitución del año 1991 como punto de inicio del Nuevo Derecho en Colombia. Se parte del supuesto que los docentes deben manejar con mayor precisión el conocimiento disciplinar, en este caso hacia el Nuevo Derecho.

Conocimiento argumentado de origen, autores y casos específicos de aplicación en abogados litigantes

Los informantes abogados litigantes señalaron con propiedad el año 1991 como fecha que marca el inicio de la aplicación del Nuevo Derecho en Colombia, a partir de la promulgación de la Constitución Nacional, aunque existan experiencias aisladas en años anteriores. Ofrecen nombres de autores reconocidos como representantes de esta tendencia y ejemplifican señalando sentencias que materializan el Nuevo Derecho. Con menor sapiencia los docentes también manejan estas informaciones.

Dimensión Campo de Representación (La Imagen)

Codificación Abierta

Neoconstitucionalismo fundamento del Nuevo Derecho

Los estudiantes informantes consideran que existe una relación obligante entre el Nuevo Derecho y el Neoconstitucionalismo. Colombia se encuentra regida por los

postulados del neoconstitucionalismo, una nueva Constitución, unas renovadas prácticas jurisprudenciales y los desarrollos teóricos novedosos permiten determinar el grado del influjo neoconstitucional en un sistema jurídico particular, en este caso el Nuevo Derecho. Para los estudiantes existen dos puntos de acercamiento evidentes, tales como: el establecimiento de la ponderación de principios; y los principios constitucionales o derechos fundamentales están instituidos en la Constitución, el Nuevo Derecho los materializa.

Para los docentes informantes el Neoconstitucionalismo constituye un punto de referencia para la aplicación del Nuevo Derecho. Ambos permiten la consagración de los principios constitucionales en la actuación judicial, pero al primero corresponde revisar cómo se está aplicando el Nuevo Derecho desde la dimensión teórica, metodológica e ideológica; y cómo se relaciona con la sociedad. Para el informante D-05 la diferencia la refleja en el enunciado que sigue: *Una cosa es el nuevo derecho donde aplican los principios sin que su sustento sea la ley y el neo constitucionalismo es la búsqueda de constituciones más nuevas que se ajusten a las necesidades sociales....*

En los abogados litigantes, que colaboraron como informantes en el estudio, surge un permanente debate en torno a la relación Neoconstitucionalismo y Nuevo Derecho. Para algunos juristas el Neoconstitucionalismo es la base, la raíz del Nuevo Derecho, consecuencia de las guerras mundiales, que exigió un nuevo repensar de las Constituciones a nivel mundial respecto de los derechos fundamentales, especialmente el derecho la vida y que origina lo que el informante A-02 denomina *“Pedagogía del respeto a la dignidad humana”*.

El nuevo derecho es una rama del neoconstitucionalismo, una tendencia de repensarse el derecho constitucional y que este entre a permear el resto de actividades jurídicas de los seres humanos entonces, creo que si es una nueva forma de pensamiento (A-04).

Para otros, las constituciones siempre contemplaron estos derechos y lo que hubo fue la instauración de tribunales constitucionales que generan un más fácil acceso del ciudadano a lo que se denomina constitucionalismo social. El punto de encuentro entre estas dos categorías conceptuales, Neoconstitucionalismo - Nuevo

Derecho, lo representa el énfasis en los derechos fundamentales de la persona. Esta última postura no niega la relación entre las dos categorías en análisis.

Distinto orden de prioridad en elementos del Neoconstitucionalismo

El estudio revela la diversidad de opinión acerca de cuál es el énfasis en el fenómeno Neo Constitucional. Las tres vertientes ofrecidas fueron: (a) Catálogo de derechos, (b) Inclusión de tribunales constitucionales, y (c) Nuevo rol judicial. Los hallazgos en los estudiantes señalaron tres opiniones para cada una de las dos primeras opciones y cuatro para la última. A juicio del informante E-07, los tres puntos están interconectados con el nuevo derecho, pero resaltaría el nuevo rol judicial que cumplen los jueces en las altas Cortes, donde además de generar interpretación pueden a la vez crear derecho, si la situación problema involucra un derecho fundamental de la persona.

Los informantes docentes consideraron de interés los tres elementos aunque difieren en cuál es el más relevante. El informante D-03 considera que los tres son elementos que representan las constituciones contemporáneas; el informante D-05 da especial relevancia a la creación de tribunales pues aligeran la administración de justicia; y el informante D-03 considera que los tribunales constitucionales adquieren mayor trascendencia porque están instituidos para garantizar el cumplimiento de la Constitución y sus miembros son electos, contrario a la Corte Constitucional que nace de un organismo político (el senado de la República) lo que facilita posturas no siempre convenientes.

Los abogados litigantes, informantes del estudio reconocen en las tres posturas la base del Neo constitucionalismo y por consiguiente del nuevo derecho. La esencia la representa el énfasis en el papel del juez al sobreponer los principios de justicia a la ley; reconocimiento a la importancia de la interpretación que realice el juez como clave para apartarse de la norma injusta a la dignidad de la persona.

El antiguo juez falla atado a la ley , es decir el juez se convierte en la boca de la ley , mientras que el nuevo juez embebido de las nuevas teorías del derecho está obligado

únicamente a fallar en justicia y podrá apartarse sin lugar a equivocarse de la norma injusta. (A-02).

Yo creo que las tres se acercan del nuevo derecho... discursos de derechos humanos integrarlos a los debates nacionales respecto a distintas áreas del derecho Colombiano, también la creación de nuevos tribunales constitucionales y el la actuación del juez que representa una nueva forma de pensar el derecho constitucional y ver que no todo es el derecho textual. (A-04).

Las Constituciones liberales desde la revolución francesa y la norteamericana ya dan un amplio catálogo de derechos pero la verdad el nuevo derecho nos ha enseñado que no importa tanto el texto si no la interpretación que se hace del texto, esta si es una característica básica porque nuestro país por ejemplo en Constituciones como en la de 1886 ya existían derechos fundamentales, casi mejor plasmados que en la del 91 , pero la protección es hoy mucho más abismal debido a la interpretación que como lo reitero es el punto clave del nuevo derecho (A-05). Se deduce de los informantes que los tres elementos enunciados son pilares básicos del Neoconstitucionalismo. La diversidad de opinión acerca de cuál es el elemento determinante responde a la subjetividad inherente a los juicios valorativos.

Condiciones personales y competencias profesionales como requisito base del juez en el marco del Nuevo Derecho

Los estudiantes reivindican el papel central que desempeña el juez en la aplicación del Nuevo Derecho, pues a su juicio la función adquiere mayor responsabilidad al no solo interpretar sino también crear derecho, al ser colegislador frente a situaciones no previstas en las leyes o normas o cuando la aplicación de la norma entra en conflicto con los derechos humanos.

Resaltaría el nuevo rol judicial que cumplen los jueces en las Altas Cortes, donde aquellos magistrados pueden interpretar y a la vez crear derecho. (E-07). El rol judicial es relevante pues a ellos corresponde la materialización tanto de los derechos fundamentales así como el buen funcionamiento de los diferentes tribunales o órganos judiciales que componen el sistema (E-08). Yo creo que el nuevo rol judicial del juez es muy delicado, debido a que

debe interpretar no solo el amplio catálogo de los derechos fundamentales que están consagrados en la constitución política y teniendo en cuenta los principios que ya se han establecido en el marco del Nuevo Derecho, se requiere tener una amplia lectura frente a fallos que protegen los principios fundamentales de las personas, pero que también se ciñe bajo la norma jurídica y los tratados internacionales existentes al respecto (E-09)

Al señalar las condiciones que requiere la aplicación del Nuevo Derecho con respecto a los jueces los informantes docentes aluden a aspectos personales como: adoptar el humanismo como filosofía de vida, apertura al cambio, sentido de igualdad al impartir justicia, capacidad de argumentación e interpretación hermenéutica. Profesionalmente debe poseer conocimiento y estar actualizado respecto a la teoría y el ordenamiento jurídico, así como en las tendencias a nivel mundial en el área del derecho.

Hoy por hoy debemos tener estos elementos: ser un humanista, conocer teoría jurídica y manejo de la argumentación e interpretación que son las nuevas escuelas a partir de este nuevo derecho. (D-02). Estar actualizado en las leyes que expida el congreso y en los fenómenos que se están dando en algunos países en materia legislativa. (D-03).

Los abogados litigantes corroboran que el ejercicio idóneo de un juez está enmarcado por una serie de condiciones personales y profesionales. Fue común a los informantes señalar la necesidad de manejo de la Constitución, del ordenamiento jurídico nacional y del internacional en materia de derechos humanos, pues el juez es garantista de los mismos; en cada caso o situación jurídica determinar la jurisprudencia existente al respecto; poseer habilidades no solo para la erudición sino para la interpretación judicial; apertura al Nuevo Derecho; competencias para la ponderación de principios. En el marco del nuevo derecho se requiere que el juez en la disyuntiva de fallar los casos difíciles pondere la aplicación de los principios de derecho *“inclusive si se enfrentan dos principios que necesariamente deba tener en cuenta para impartir la justicia deberá someter el peso y el contra peso que lo conlleve a un test de ponderación con el objeto y el único fin de fallar en justicia”* (A-02).

Los abogados litigantes agregan la necesaria sindéresis entre Derecho Normativo y Nuevo derecho como requerimiento del juez. El informante A-05 lo

expresa al resaltar la urgencia de formación de jueces que sin abandonar la ley tomen decisiones acertadas que no vulneren derechos humanos y sirvan de precedente para casos futuros, resaltando el papel de las universidades en la formación de los jueces.

No puede abandonar el principio de legalidad del antiguo derecho que es clásico y es muy necesario pero a la vez debe tomar decisiones y saber cuándo debe flexibilizar este legalismo para tomar las decisiones acertadas que hagan justicia en el caso material y sobre todo sirvan de precedente para casos futuros... es una tarea de las universidades encargarse que tengamos esos jueces (A-05).

A esta preparación académica en materia jurídica agregan la necesidad de sentido social en su ejercicio como requisitos generales del juez. Aunque fue opinión del informante A-05, constituyó pronunciamiento tácito en los restantes, reflejado en la mayoría de sus respuestas o intervenciones, la necesidad del juez de expresar un profundo sentido social en su labor: *"Un acercamiento más a la sociedad , a la función social que tiene el derecho, que se ha olvidado bastante; el jurista del antiguo derecho consideraba que era más un erudito, que se centraba en las leyes, en los libros y en los textos y olvidada completamente la finalidad de este estudio"*

La dignidad humana como imagen y objeto del Nuevo Derecho

Para todos los informantes el objeto del Nuevo derecho lo constituye el respeto a la dignidad humana expresa en los derechos o principios fundamentales. Incluso al suscribir tratados internacionales éstos prevalecen sobre el orden jurídico existente a nivel nacional. Este interés, señalan los docentes informantes, permite la excepción a la inconstitucionalidad.

El derecho contiene todas las respuestas frente a la dignidad, frente a la persona humana, frente a los derechos humanos... los tratados internacionales o de derechos humanos prevalecen de manera que si hay un tratado de derecho humano que Colombia suscribe pues ese prevalece sobre la Constitución (D-02).

Si no se tiene en cuenta la dignidad del ser humano no estamos hablando de un nuevo derecho, estaríamos hablando de un antiguo derecho entonces ya pensaríamos en la esclavitud y pues pensaríamos en una cantidad de cosas que ya afortunadamente en nuestro país ya está superado. (D-04.)

Los informantes del estudio en el estrato de abogados litigantes coinciden en reconocer que la imagen del Nuevo Derecho lo representa la protección de la dignidad humana, ninguna norma puede trasgredir derechos fundamentales instituidos en la Constitución Nacional, pudiendo incluso desconocerse una norma si resulta injusta o si fuese necesario para preservar la dignidad de la persona. El ser humano es el foco de protección y la ley está obligada a crear el derecho para protegerla.

Acerca de este último planteamiento subrayan los abogados litigantes la permanente carga valorativa del ejercicio de la justicia en el Nuevo Derecho. El entrevistado A-03 señala que la intensa carga valorativa que representa la asunción de la dignidad humana como principio rector del Nuevo Derecho genera profundas discusiones frente a fenómenos sociales complejos o controvertidos, como el caso del cese del conflicto armado en Colombia.

Hoy en día, en materia de derechos humanos, por ejemplo en Colombia en materia de post-conflicto, hasta donde podíamos hablar del concepto de dignidad humana: es digno por ejemplo, la víctima que en principio la guerrilla le vulneró sus derechos fundamentales, lo tuvieron privado de libertad, como el secuestro, y que se haga un sistema de impunidad para los secuestradores ¿Hasta dónde el concepto de dignidad a la víctima? Esto obliga debatir sobre ¿Cómo podemos conciliar una concepción de derechos humanos frente a situaciones y hechos específicos de los sistemas sociales? (A-03)

El Nuevo Derecho es aplicable a todas las disciplinas del derecho

El Nuevo Derecho, a juicio de los estudiantes informantes del estudio, tiene aplicación en todas las áreas del derecho, en cualquier contexto normativo donde esté en discusión principios constitucionales o derechos fundamentales de la

persona. El informante E-10 acota que todas las disciplinas del derecho se remiten al texto constitucional. El testimonio que se inserta a continuación expresa lo señalado:

l Nuevo Derecho tiene aplicación o tiene margen de cobertura en todo el derecho como tal pues hace referencia a principios consagrados constitucionalmente y como se pondera la aplicación de estos, tiene un margen irradiador, una cobertura en todo el derecho, todo el derecho debe estar basado en esta norma fundamental, norma que prevalece sobre los otros... este Nuevo Derecho tiene aplicación en todas las ramas del derecho sin discriminación alguna (E-02).

Corroboran los docentes que el Nuevo Derecho puede aplicarse a todas las áreas del derecho. Consideran que ha tenido un desarrollo que incorpora cada vez más ámbitos del derecho. A juicio de los informantes docentes en las ramas que ha tenido mayor empleo son: derecho constitucional, derecho penal, derecho tributario, derecho de familia, derecho laboral. Para el informante D-01, el Nuevo Derecho, a través de la Corte Constitucional, no ha dado respuesta a lo que considera las problemáticas más fuerte del derecho colombiano: la pronta y completa justicia y la congestión judicial.

Destacan también, los abogados litigantes entrevistados que las posibilidades de aplicación del nuevo Derecho existen en todas las ramas y áreas del derecho, incluso normas internacionales suscritas en tratados han sido adoptadas como referentes para decisiones en situaciones jurídicas adoptándose como leyes internas. Al prevalecer la interpretación constitucional, frente a dos interpretaciones se busca la más garantista, independiente del dominio o campo jurídico que corresponda a la situación jurídica en estudio, lo que demuestra la como el Nuevo Derecho ha permeado el resto de jurisdicciones. Abundan en ejemplos:

El derecho laboral, en donde se han reconocido pensiones, tratamientos quirúrgicos y hospitalarios que anteriormente eran negados por los jueces porque no estaban contenidos en la ley y los reglamentos de salud. En materia de familia hoy por el respeto a la dignidad humana encontramos la posibilidad de matrimonios de un mismo sexo o igualitarios, el reconocimiento de hijos y adopción, la pensión de sobreviviente de compañeros permanentes, lo que le ha dado una nueva estructura familiar. (A. 02).

La Corte Constitucional estableció en una sentencia (T-150 de 2005) que una pareja homoparental que solicitaba un préstamo, un contrato mutuo para tener directamente su vivienda como tal, les exigían un seguro para prestar el servicio de mutuo una póliza de garantía; la póliza de garantía no les fue otorgada pues ellos tenían VIH – SIDA y al no ampararse pues no le prestaba el contrato de mutuo vulnerándose el derecho a la vivienda digna. En este caso, la Corte Constitucional generó una línea jurisprudencial, por encima de las relaciones de orden civil están las relaciones como conceptos de dignidad humana, vivienda digna independientemente si la pareja homoparental tuviera directamente VIH O SIDA, (A-03).

Para los abogados litigantes el derecho a la salud, al trabajo, al debido proceso, a la maternidad, a la defensa, a la vida, medio ambiente sano, igualdad, seguridad social, respeto a la dignidad, principios consagrados constitucionalmente son los más atendidos en el Nuevo Derecho

Delito de prevaricato posibilidad para los jueces frente a decisiones consideradas interpretaciones erróneas de preceptos constitucionales

Categoría generada en los abogados litigantes, quienes expresan que el Nuevo Derecho ha generado la posibilidad de imputaciones y sanciones a los jueces en el ejercicio de excepciones de inconstitucionalidad debido a la carga valorativa que representa la toma de decisiones cuando considera que la norma resulta injusta.

Por un lado se consagran esas herramientas pero por el otro vemos casos donde hay jueces que les imputan un delito de prevaricato por hacer una excepción de inconstitucionalidad y ese ya es un precedente para que los demás jueces no lo hagan..., el sistema no va a cambiar simplemente con la enunciación de los principios sino tomando medidas, delineando muy bien cuando un juez se sale de la ley y cuando aplica justicia, porque es muy difícil. (A-01)

Control de Constitucionalidad acción evidente en la aplicación del Nuevo Derecho

La categoría anterior origina en la aplicación del Nuevo Derecho la posibilidad de permitir a los ciudadanos o personas, ya sean naturales o jurídicas, la solicitud de reconsideración de sentencias emitidas por instancias judiciales de inferior jerarquía ante instancias superiores, si considera que sus derechos han sido vulnerados y que el proceso o la decisión no dan garantía a los derechos fundamentales que le corresponden y que están instituidos en la Constitución o incluidos en tratados internacionales suscritos por el país.

Los abogados litigantes expusieron suficientes casos en materia laboral que reivindican la primacía que el Nuevo Derecho ofrece a los principios constitucionales. El testimonio que sigue sustenta lo descrito: ... *En la acción de tutela el Juez constitucional declaró nulas dos sentencias de la justicia ordinaria, y ordenó el reconocimiento del reintegro y salarios de mi defendida.* (A-01)

Codificación Axial

A continuación el organizador gráfico que resume y relaciona las categorías emergidas en la dimensión Campo de Representación (Imagen)

Grafico 3. Relaciones categorías emergidas en la dimensión Campo de Representación (Imagen)

Unidad Temática	Categoría(s) Emergidas	Concepto(s) Integrador(es)
Relación Nuevo Derecho/Neo Constitucionalismo	Neoconstitucionalismo fundamento del Nuevo Derecho	Implicación natural del Nuevo Derecho con el ordenamiento jurídico instituido representado en el neoconstitucionalismo
	Distinto orden de prioridad en elementos del Neoconstitucionalismo	

El juez en el Nuevo Derecho	Condiciones personales y competencias profesionales como requisito base del juez en el marco del Nuevo Derecho	Dignidad Humana y Juez como ejes centrales del Nuevo Derecho
	La dignidad humana como imagen y objeto del Nuevo Derecho	
El Nuevo Derecho es aplicable a todas las disciplinas del derecho		
Posibilidades del Nuevo Derecho	Delito de prevaricato posibilidad para los jueces frente a decisiones consideradas interpretaciones erróneas de preceptos constitucionales	Perspectivas positivas en torno al Nuevo Derecho desde el punto de vista operativo
	Control de Constitucionalidad acción evidente en la aplicación del Nuevo Derecho	

Producto de la relación establecida entre las categorías emergidas surgen conceptos integradores que conforman la codificación selectiva.

Codificación Selectiva

Implicación natural del Nuevo Derecho con el ordenamiento jurídico instituido y representado en el Neoconstitucionalismo

Se vive en sociedad. Este tejido social tiene instituciones, lenguaje común, normativa jurídica, costumbres, Estado, política de Estado, entre otras dimensiones, con las que interactúa la persona. La interrelación entre cada de estas dimensiones es regido por el ordenamiento jurídico, el cual opera como marco de referencia en la actuación del sujeto individual y profesional. El Nuevo Derecho mantiene una natural y estrecha relación con todas las dimensiones de la realidad social, de esta

manera vela y garantiza por los derechos fundamentales de sus miembros, su interés central es el mejoramiento de las relaciones entre sus miembros a través de criterios de equidad, justicia y respeto a la dignidad de la persona.

El Neoconstitucionalismo como fundamento originario del Nuevo Derecho genera la necesidad de adecuar las constituciones a las necesidades y expectativas de los pueblos lo que implica un cambio en todas las instancias y una de ellas lo representa el orden jurídico. Los elementos constituyentes de cualquier situación jurídica: el juez, la instancia judicial correspondiente y los catálogos de derechos son considerados aspectos de importancia en el Neoconstitucionalismo y en consecuencia en el Nuevo Derecho y el orden de prioridad asignado varía entre estudiantes, docentes y abogados litigantes.

Dignidad Humana y Juez como ejes centrales del Nuevo Derecho

La dignidad de la persona, expresada en la garantía a sus derechos fundamentales y el nuevo papel del juez, donde a las condiciones profesionales se suman las personales destacando la calidad humana y el conocimiento actualizado son señalados como ejes centrales para la consolidación del ejercicio del Nuevo Derecho.

Evidente consideración de la necesidad de adecuación del derecho a las necesidades de la persona por encima de intereses particulares y para lograrlo el rol de los jueces resulta esencial, pues no siempre el orden jurídico resulta justo en atención a los principios o derechos constitucionales y de índole internacional que preservan al sujeto para el ejercicio de una vida libre y digna. El juez que exige el Nuevo Derecho debe poseer idoneidad profesional lo cual implica el desarrollo y consolidación de competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales.

Reivindica, de esta manera, el Nuevo Derecho la primacía de la persona sobre intereses de otra índole y el ejercicio del derecho no puede eludir la consideración de sus derechos fundamentales como centro de la actuación judicial. Cualquier norma puede ser declarada inconstitucional si pone en riesgo las garantías y derechos fundamentales del hombre. Las decisiones deben ser tomadas después de

estudiar cada caso de manera particular sin desligarlo del contexto socio cultural, político y económico-social donde se encuentra inmersa la persona o grupo. Contempla en algunos casos la desestimación de la norma en privilegio de los derechos humanos o de acuerdos y tratados internacionales que los protejan.

Perspectivas positivas en torno al Nuevo Derecho desde el punto de vista operativo

Son diversas las perspectivas positivas **desde el cual se considera al Nuevo Derecho desde el punto de vista práctico u operativo**. En el Nuevo Derecho es reconocida su aplicabilidad a todas las ramas de las Ciencias Jurídicas donde entre en juego la atención de principios constitucionales a personas o grupos humanos, y su impacto resulta relevante. Por otra parte, facilita el control de la constitucionalidad al permitir la revisión de decisiones judiciales, lo que exige el manejo responsable por parte de los jueces de las situaciones jurídicas objeto de análisis en un determinado momento.

Esta última acotación se expresa en probada calidad humana y reconocimiento del ejercicio consciente de sus funciones con conocimiento de las sanciones a que se expone si se aparta del objeto central que es la protección y garantía de los derechos de las personas al existir la posibilidad de declaración de delito de prevaricato para los jueces frente a decisiones consideradas interpretaciones erróneas de preceptos constitucionales.

Dimensión Actitud (La disposición)

Codificación Abierta

La jurisprudencia constitucional es fuente de derecho

Para todos los informantes del estrato estudiantes la jurisprudencia constitucional es fuente de derecho. Considera el informante E-03 que la

interpretación de los jueces en la aplicación de precedentes judiciales constituye fuente de derecho que marca la evolución y prevalencia del Nuevo Derecho.

La Corte Constitucional en sus pronunciamientos, en su jurisprudencia sientan posiciones importantes que dan bases para la interpretación de situaciones jurídicas específicas y estas son de obligatorio cumplimiento por los otros operadores judiciales: de esta manera es una fuente de derecho en el sistema jurídico Colombiano.

Afirma este grupo de informantes (estudiantes) que los jueces crean derecho al adoptar decisiones ante determinados casos, constituyéndose la decisión asumida en derecho precedente, al cual deben ajustarse los órganos judiciales competentes frente a situaciones jurídicas equivalentes o análogas. Esta posibilidad la resume uno de los informantes al señalar:

Claro que es fuente de derecho, pues hace unos años era una locura decir que las sentencias emanadas de una Corte podrían generar algo que llamara jurisprudencia, que ese precedente generara un efecto irradiador en el sistema jurídico implicado y mucho menos que sería una fuente principal del derecho, que los jueces utilizarían para dictar sus fallos. (E-07).

En la corriente del Nuevo Derecho el juez puede crear derecho a partir del reconocimiento de garantías constitucionales en situaciones específicas, sentando jurisprudencia. Ocurre en los casos que son dirimidos en la Corte Constitucional.

El juez puede crear derecho pues al realizar la interpretación de cómo se debe aplicar una norma jurídica en una situación fáctica de esta manera está creando derecho, pero como tal los que están facultados para ello son los jueces de las altas cortes; son la única instancia los que deciden realmente como se va a resolver el problema jurídico. (E-02).

Los informantes E-08 y E-10 consideran que aunque es una fuente auxiliar por la jerarquía de la Corte Constitucional se está considerando una fuente principal. Para dos de los informantes docentes (D-01 y D-04) la jurisprudencia constitucional es una fuente de derecho auxiliar, secundaria la denomina uno de ellos.

Si miramos la pirámide del mismo Kelsen, frente a la interpretación de las leyes encontramos la jurisprudencia la doctrina, por encima de esta encontramos los decretos, las

leyes, la constitución y arriba tratados internacionales, entonces yo pienso que como tal la jurisprudencia, constitucional si es una fuente auxiliar del derecho o por lo menos secundaria. (D-04).

Para todos los informantes, abogados litigantes, la jurisprudencia constitucional es una fuente primaria de derecho. El informante A-01 explica: *“Las sentencias que emitan los jueces constitucionales no se deben ver como un mero criterio auxiliar sino como una fuente formal e inmediata del derecho positivo colombiano”.*

Se aprecia de los testimonios ofrecidos que la jurisprudencia es considerada fuente de derecho. Para los docentes fuente auxiliar; para los estudiantes y abogados litigantes fuente primaria en razón a la jerarquía de la instancia que la genera (Corte Constitucional).

Posición enfrentada acerca de si los Precedentes Judiciales ilustran o no los vacíos y ambigüedades de la norma

Los informantes E-09 y E-10 reconocen que los precedentes judiciales ilustran los vacíos y ambigüedades del derecho positivo y permiten vigilar los derechos ya consagrados. *“Puede que una norma sea muy clara pero si se tiene varios precedentes judiciales se puede expandir ese conocimiento que se tiene sobre la norma” (E-10).*

Para tres docentes informantes los pronunciamientos judiciales no son la respuesta para superar ambigüedades de la norma, las decisiones son asunto de consideración del juez, en caso de ambigüedad lo correcto es solicitar su inconstitucionalidad o la clarificación de la norma. El juez debe siempre someterse a la ley. Existen además reglas para aplicar en estos casos. La jurisprudencia llena vacíos cuando la norma lo requiere, en todo caso consideran que se aparta de la norma. El informante D-01 lo explica en el siguiente fragmento de testimonio:

Los jueces aplican la ley y si hay una cosa ambigua, lo que evidentemente tiene que hacer la persona es mirar desde el punto de vista constitucional cual es el la norma constitucional que le da la claridad a esa norma, si la norma es ambigua se debe buscar si es inconstitucional o no, pero en este momento tenemos que tener claro es que hay unos principios que están dados para el juez y el juez no puede apartarse de ellos, cual es el

sometimiento del juez a la ley, si el juez no se somete a la ley el juez está incumpliendo con su deber judicial. (D-01).

Los abogados litigantes entrevistados consideran que los pronunciamientos judiciales son muy importantes y tienen amplio alcance; por cuanto, no sólo ilustran las normas positivas cuando son oscuras o ambiguas, también permiten la interpretación de regulaciones sociales y suplen la ausencia de normas respecto a una situación en litigio.

Obligatorio cumplimiento del precedente judicial

Es sentido por los estudiantes entrevistados que el precedente judicial es vinculante y de obligatorio cumplimiento cuando se origina en órganos judiciales especializados, por ejemplo en la Corte Constitucional; ello ofrece seguridad jurídica. Expresan, sin embargo, que un juez puede apartarse cuando el caso no sea similar y esté enmarcada en otro contexto; el juez al realizar esta acción debe argumentar las razones de su inobservancia. El informante E-06 expresa la idea ofrecida por todos los entrevistados:

El precedente judicial instituido desde las altas cortes que digamos son las únicas instituciones que podría tomarse como jurisprudencia lo que han dicho, entonces los jueces están en esa labor de conocer el precedente y aplicarlo en sus sentencias.

Para los docentes las sentencias de unificación llamadas precedente judicial, tienen carácter de obligatoriedad por todo servidor público. Son decisiones que deben acoger los jueces que fallen casos similares. El informante D-04 corrobora que está obligado so pena de recibir sanciones, salvo que hay documentado y argumentado de manera debida su no aplicación. Las obligaciones de fallar se realizan conforme al derecho “*se cumplen mediante la obediencia de las partes establecidas por el legislador y si realmente el constituyente le entrego unas funciones al legislador al ejecutivo y al judicial y el legislador tiene que hacer lo que el legislador le recomendó y lo que le consagro en el artículo 150” (D-03).*

Para el docente (D-02) señala que el precedente judicial es *una herramienta importantísima para los abogados del siglo XXI, “hay una sentencia la C – 836-01 del magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil donde se debatió si el precedente tenía fuerza vinculante o no y en esta sentencia se llega a la conclusión que el precedente tiene fuerza vinculante para casos futuros. Entonces hoy el precedente ha invadido todas las ramas del derecho porque es una herramienta judicial*. También para los abogados litigantes las sentencias de la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento para autoridades administrativas y judiciales pues representan un marco de referencia en casos subsiguientes de igual naturaleza. Su no aplicación conlleva a sanciones disciplinarias y penales como prevaricato a los jueces actuantes.

Cuando el precedente Constitucional esté debidamente claro frente al derecho y frente a los hechos se debe aplicar obligatoriamente. Lo contrario genera aplicación de una norma injusta, lo cual debe evitarse y en su lugar aplicar un principio fundamental. El informante A-02 expresa: *“Al juez ordinario se le exige que aplique el precedente, obviamente que al juez hay que decirle cuales son las sentencias de Unificación de la Corte Constitucional que ha establecido el precedente y las sub-reglas existentes al respecto”*

Los jueces en el Nuevo Derecho son colegisladores

En el Nuevo Derecho, los jueces concurren con el poder legislativo para la formación de las leyes. El informante A-01 expresa: *“La figura de juez simplemente intérprete de las normas ambiguas, oscuras ha quedado superado hoy por hoy con nuestra Corte Constitucional”*. Corrobora este planteamiento el informante A-04: *“Hoy por hoy, los jueces tienen facultad colegisladora en nuestro sistema jurídico”*.

Frente a dos interpretaciones se busca la que mayor preserve las garantías constitucionales; es decir, la aplicación y ponderación de principios genera un rol legislador al juez. Se exime de esta opinión el informante A-05 quien señala que no crean leyes.

El juez puede y debe apartarse de la norma injusta

Los informantes estudiantes reconocen la ambigüedad del término justicia; sin embargo, consideran deber del juez determinar si la norma aplicable al caso afecta uno de los derechos fundamentales de la persona establecidos en la Constitución Política Nacional y en tales casos apartarse de la norma injusta y remitirse al Nuevo Derecho para proceder a ponderar los principios involucrados y tomar la decisión. Todo lo que vaya en contra de los derechos humanos resulta norma injusta y el juez debe inaplicarla. Para uno de los informantes (E-02) el término más apropiado sería norma no favorable a ninguna de las partes.

Los testimonios que se incorporan revelan lo descrito: *Es difícil referirnos a norma justa o injusta porque el termino justicia es muy ambiguo porque lo que para una persona puede ser justo, para otra persona no, entonces creo que no es apropiado hablar de apartarse de una norma injusta, es mejor referirnos a apartarse de la norma que no sea favorable a ninguna de las partes.*(E-02). *Lo injusto es un tema de subjetividad aparente, pero se vuelve algo evidente cuando es contrario a los postulados constitucionales y convencionales, entonces el juez puede apartarse de la norma injusta en nombre de los derechos humanos* (E-7).

Frente a la norma injusta el juez puede, está en la obligación y está en la facultad de inaplicarla; todo lo que vaya en contra del principio de dignidad humana o del principio pro homine el juez debe buscar que es lo que más garantiza la dignificación de la persona y eso es lo que se entiende como nuevo derecho. (E-8).

Consideran tres de los informantes del estrato docentes que el juez no sólo puede sino que debe apartarse de la norma injusta, bien porque es inconstitucional, o porque tiene suficientes argumentos para objetar el precedente existente, en ocasiones para garantizar el cumplimiento de los tratados internacionales. En todo caso al juez corresponde, al apartarse de la norma injusta, aplicar la más favorable a los derechos fundamentales. El testimonio que sigue ilustra lo señalado: *Sí, el juez puede apartarse de la norma injusta y del precedente que considere injusto y debe recurrir a carga argumentativa que justifique por qué se aleja de esta ley o de este precedente, es necesario argumentarlo bien* (D-02).

Para los informantes, abogados litigantes ningún Juez está obligado a aplicar una norma injusta, menos aún si falla en función de principios constitucionales. El entrevistado A-03, reconoce esta obligación aunque reitera la carga subjetiva presente en la valoración justo/injusto.

El juez puede fallar basado en principios, sin obviar otras normas jurídicas que correspondan salvo que afecten derechos fundamentales

Todos los entrevistados estudiantes señalan que el juez puede fallar basado en principios. El testimonio del estudiante E-7 resume la opinión general: *“cuando no existe un marco normativo en el que se pueda apoyar e incluso cuando exista, puede fallar basado en los principios, pues son la base del derecho”*. Es obvio que los jueces deben velar por los principios constitucionales, y además existen muchas normas y en situaciones específicas pueden generar vacíos jurídicos. El informante E-04 ratifica que los fallos deben realizarse *“a partir del derecho, con clara y precisa noción de los códigos y la reglamentación de estos mismos”*.

Fallar basado en principios, a juicio del informante D-02, es una de las grandes conquistas del Nuevo Derecho *“la consagración de principios que como lo denomina Rober Alexy que son mandato de optimización y siguiendo a Ronald Darwin son de textura abierta y que por lo tanto van para todos: el juez si puede fallar bajo principios”*. El informante D-04 considera que al juez fallar refrenda los principios que han sido amenazados o vulnerados por la sociedad o por el mismo individuo.

Los informantes del grupo abogados litigantes, precisan que en el Nuevo Derecho los fallos se fundamentan en principios constitucionales, sin obviar otras normas jurídicas que correspondan; es decir, el juez puede fallar basado en principios pues constituyen la esencia del Nuevo Derecho. Se resumen en *“el respeto por la dignidad humana y la aplicación de las normas que protegen los derechos humanos”* (A-02); sin embargo, no exime la consideración de normas, valores y tratados internacionales que competen al caso y que fundamentan la decisión asumida.

Las sentencias de tutela generan derechos

Las sentencias de tutela consideran los estudiantes que generan derechos. El informante E-06 expresa que *“si bien para ser tutelados son tutelables el juez cuando concede las providencias, hace reales esos derechos, por esto los institucionaliza como un derecho”*.

Hay que tener algo en cuenta que los jueces al conocer de acciones constitucionales, se convierten en jueces constitucionales y posiblemente algunas tutelas llegaran al órgano de cierre que en nuestro caso es la Corte Constitucional, cuando esta conoce y se pronuncia sobre un determinado derecho, como lo diría el Dr. López Medina, los derechos se construyen, entonces de esta manera afirmarí que sí, los derechos, en muchos casos, son los que se dicen a través de las sentencias. (E-07).

Los jueces también pueden descubrir o aportar a la ciencia jurídica diferentes derechos que se ven conculcados en una sociedad, a través de la interpretación jurídica que hagan de aquellas normas o principios, valores que quieran establecer en el caso en concreto (E-08).

Para los informantes E-02, E-03 y E-07 la condición de derecho la otorga la instancia judicial que la sanciona. Si la sentencia surge en la Corte Constitucional frente a una situación o problema específico crea derechos fundamentales, si se produce en instancias inferiores pueden ser objeto de recurso en otra instancia.

Si es una sentencia de tutela que llegó a la Corte Constitucional y esta resuelve una situación en específico pues esta crea derechos fundamentales y la jurisprudencia aumenta su margen de protección con una amplia cobertura a nuevos derechos, considerados como derechos fundamentales (E-02).

Para los docentes en condiciones normales una sentencia de tutela crea un derecho, aunque la posibilidad de error inherente a toda persona hace que no siempre se de esta condición, pues es necesario considerar la carga subjetiva de las decisiones y ella no se excluye al juez analizar los casos. La jurisprudencia llena vacíos cuando la norma lo requiere, en todo caso consideran que se aparta de la norma. El informante D-01 lo explica en el siguiente fragmento de testimonio:

Los procedimientos judiciales, las decisiones judiciales están instituidas para decidir un asunto por su consideración, por eso la jurisprudencia es la forma como los jueces

aplican la ley a los casos sometidos a su consideración y en ello la valoración puede estar incluida por aspectos subjetivos (D-01).

A juicio de los abogados litigantes, informantes A-01 y A-02, las sentencias de tutela generan derecho. Aunque el informante A-04 considera que en algunos temas, como el económico, los jueces prefieren no fallar por temor a apartarse de la norma, así exista un precedente judicial, pues existe la posibilidad de apelaciones ante otras instancias jurídicas, por ejemplo el Consejo Superior de la Judicatura, y una nueva sentencia puede ocasionar destitución y sanción a jueces.

Hay jueces que por acoger la doctrina del precedente son destituidos del cargo y están sancionados... Traigo a colación un caso... una juez del tribunal que falló un tema penal en concordancia con la doctrina actual en su tiempo de la Corte Suprema de Justicia, al mes hubo un cambio de jurisprudencia fueron y colocaron la queja en el Consejo Superior de la Judicatura y actualmente la juez esta destituida, entonces creo que... hay que blindar más a nuestros jueces para poder aplicar ese nuevo derecho.

Una voz diferente, la representó el informante estudiante E-10, quien considera que las sentencias de tutela son decisiones acerca de violaciones o amenazas de violación o vulneración de derechos fundamentales, por lo tanto no generan derechos sino que ratifican o restituyen derechos fundamentales, no los crean. El testimonio que ofrece corrobora lo descrito:

Los derechos que se establecen en las sentencias de tutela son los derechos que ya están establecidos en la Constitución entonces al momento de un fallo de tutela se le están aplicando los mismos derechos constitucionales. Las apreciaciones ofrecidas, a favor o en contra, parecieran revelar imprecisiones en torno a si las sentencias de tutela generan o no derechos.

Posición controvertida acerca de relación favorable o no del Nuevo Derecho con la sociedad

Se desprende de los testimonios de los estudiantes una consideración favorable hacia el Nuevo Derecho con respecto a su impacto en el campo social. Consideran ventajosa su aplicación y los siguientes son argumentos ofrecidos:

Responde a la realidad social, al generar razonamientos y análisis específicos para cada situación...resultando más favorable y justa que el Derecho Normativo (E-02).

Favorece la creación de leyes (E-06).

Se impone lo social sobre intereses económicos y políticos (E-07).

Al brindar protección a las personas en torno a los derechos y principios, podría ser un instrumento de cambio social (E-9).

Aumenta la comunicación entre ambos factores... toma en cuenta la norma sin menoscabo de los principios fundamentales de las personas (E- 10).

No existe entre los docentes informantes univocidad acerca de si el Nuevo Derecho puede contribuir con la mejora de las condiciones de comunicación entre el Derecho y la sociedad. Para el informante D-01 no lo considera posible al prevalecer el derecho particular sobre el interés general. Ofrece ejemplos que según su opinión representan problemas sociales, tales como: el aborto que colide con el preámbulo de la CN donde se invoca a Dios; la legalización de la dosis personal de sustancias alucinógenas, que hace al país no sólo productor sino consumidor; el matrimonio entre homosexuales contrario a la Constitución que establece que se realiza entre un hombre y una mujer. El informante D-05 señala que genera inseguridad jurídica, pues al acudir a instancias judiciales se tiene dudas acerca de la objetividad en la aplicación de la norma.

Otras posturas destacan la positiva relación entre Nuevo Derecho y Sociedad:

La relevancia, la respetabilidad y la refrendación de sus derechos fundamentales claro que va encaminado a la sociedad, a que las condiciones se mejoren, a que no haya esa discriminación de raza, color, partido político, distinción sexual, claro que va a contribuir a que la sociedad sea más justa, más cristiana y más humana (D-04).

El informante D-02 afirma que aumenta de manera favorable la relación intercultural entre los diferentes órganos jurisdiccionales y la ciudadanía, y favorece el mejor conocimiento de la Constitución Nacional.

A juicio de todos los informantes abogados litigantes, el Nuevo Derecho ha generado un acercamiento entre sociedad y derecho, al devenir en respuestas inmediatas a los requerimientos o necesidades de la sociedad. La principal ventaja

considera el informante A-02 es la aplicación de principios sin discriminación de ninguna índole. Los testimonios siguientes evidencian lo descrito:

El nuevo derecho tiene como su objeto primordial construir una sociedad igualitaria basada en los principios que deben aplicarse indistintamente sin discriminación alguna tanto para pobres como para pudientes. Es decir sin temor a equivocarnos, el nuevo derecho construye una nueva sociedad que viva en paz pero con justicia. (A-02).

En el ordenamiento jurídico colombiano, la acción de tutela ha permitido ordenar lo que se ha denominado constitucionalismo social... y solicitar por ejemplo hoy en día el derecho al agua como contenido fundamental frente a las obligaciones civiles que pueden tener las personas. (A-03).

Ha habido una modificación en la forma de pensamiento de los abogados y nos hemos convertido en abogados más sociales, en donde pues tenemos un dialogo constante con las necesidad de los ciudadanos y pues intentamos construir con ellos y solucionar digamos sus problemas y sus conflictos. (A-05).

Valoración positiva del Nuevo Derecho

Todos los estudiantes, que participaron del estudio como informantes, reconocen la importancia del Nuevo Derecho. Los argumentos fueron variados: permite solucionar casos concretos donde no hay norma específica; considera no solo lo jurídico sino las condiciones del contexto y la naturaleza de la situación problema; representa evolución en el área del derecho; al incorporar los derechos humanos se hace trascendente; toma en cuenta los principios constitucionales.

Algunos informantes (E-01, E-03, E-06) expresan la necesidad de fortalecer el conocimiento y manejo del mismo en las carreras jurídicas, pues señalan que muchos jueces y abogados desconocen esta corriente.

Es necesario aprender y conocer el nuevo derecho porque al momento de aplicar la norma no nos podemos basar simplemente en el texto de la misma, ni en lo que dice la misma sino además hay que devolverse a la razón por la cual se creó la norma y al principio con base en el cual se creó (E-10).

Los docentes aunque no dejan de reconocer aspectos favorables del Nuevo Derecho revelan algunos inconvenientes y retos por afrontar: una parte los

informantes D-02 y D-04 consideran de interés el nuevo derecho al señalar que conforma una herramienta para operadores jurídicos y señala uno de ellos que *“hoy por hoy nuestra constitución no solo se agota en nuestro articulado sino también en la jurisprudencia”* (D-02). Para el informante D-04 en la formación del estudiante de carreras jurídicas debe atenderse a nuevos planteamientos o tendencias dentro del área del derecho.

Por otra parte, los informantes D-03 y D-05 aluden a la inseguridad jurídica que representa como objeción al Nuevo Derecho y expresan que frente a la posibilidad de problemas jurídicos se requiere mayor preparación en el manejo de esta corriente.

Lo que pasa con el nuevo derecho y es que está generando una inseguridad jurídica algo que siempre nos enseñado fue la soberanía nacional el principio de la seguridad jurídica, que era una garantía para nosotros y considero que aún debe ser una garantía, lo mismo que la cosa juzgada ordinaria, que son reglas que nos permiten a nosotros tener aplicación directa de las reglas del derecho civil. (D-03).

Para todos los juristas, participantes del estudio, el Nuevo Derecho representa posibilidades de mejoramiento de la práctica jurídica en aras de una oportuna atención a los problemas y situaciones jurídicas que involucren derechos fundamentales de las personas y ausencia o ambigüedad de normas, así como una administración de justicia en términos de respeto a la persona en consonancia con las condiciones y particularidades del contexto.

Espejismo Versus Renovación: Posturas encontradas en torno al Nuevo Derecho

Categoría que contrasta la valoración de un docente y un abogado litigante. Aunque constituyan posturas individuales reflejan aspectos interesantes de frecuente debate público en torno al Nuevo Derecho.

El informante D- 01 no considera la distinción entre Derecho Normativo y Nuevo Derecho. Argumenta que existe una Constitución cimienta del sistema jurídico y donde establece a quien compete la formación de leyes, que es lo que debe

prevalecer en el orden jurídico colombiano. El sistema jurídico debe sujetarse a la ley y el orden, lo contrario significa estar fuera de todo contexto del derecho. Al respecto expresa:

Se estructura el nuevo derecho sobre conceptos que se alejan de la línea de la Constitución, y se desconoce que la ley es el fundamento esencial de un sistema y que el respeto a la ley y el orden debe ser el que cimiente el sistema jurídico Colombiano. Para quienes preciamos lo que la ley dice y las estructuras que trae un sistema democrático donde hay tres ramas del poder la ejecutiva, la legislativa y la judicial, donde cada una trabaja armónicamente con la otra pero no asumen posiciones de la otra, ni funciones de la otra como está ocurriendo actualmente con al Corte Constitucional en su carácter de legislador, función que no la tiene asignada el artículo 241 de la Constitución, tampoco se observa en ninguna parte de la Constitución que allí tenga ese carácter de legislar, se dice claramente que la Corte cuando examina una ley debe examinarle sus vicios de forma, no de fondo y lo que está haciendo la Corte es que no solamente está legislando, sino examinando el tema de fondo de los proyectos de ley, de esa forma entonces que ocurre en un sistema como el nuestro, en Colombia donde tenemos una Constitución que dice claramente que los jueces están sometidos al imperio de la ley, que la jurisprudencia, la doctrina, la equidad, los principios generales del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Una voz diferente, respecto a la postura anterior, la resume por parte de los abogados litigantes, el informante A-05 quien señala que el Nuevo Derecho conforma una tendencia que representa una renovación absoluta del fenómeno jurídico:

Hubo muchos teóricos que intentaron decir que esta nueva ola del nuevo derecho, se podía explicar desde la teoría clásica del derecho, sin embargo desde mi punto de vista las prácticas jurisprudenciales, las nuevas técnicas de interpretación y los nuevos autores aseguran completamente que esto es una nueva tendencia no solo desde el punto de vista de apreciar el derecho sino desde el derecho mismo al reconceptualizarse, cambia completamente el mundo jurídico donde lo rodea, por lo tanto no me parece que sea un nuevo enfoque, si un cambio, una renovación absoluta del fenómeno jurídico.

Codificación Axial

A continuación el organizador gráfico que resume y relaciona las categorías emergidas en la dimensión Actitud (Lo percibido).

Grafico 4. Relaciones categorías emergidas en la dimensión Actitud (lo percibido).

Unidad Temática	Categoría(s) Emergidas	Concepto(s) Integrador(es)
Jurisprudencia	La jurisprudencia constitucional es fuente de derecho	Imprecisión en el manejo de tópicos específicos esenciales en el Nuevo Derecho en participantes de estudios jurídicos
	Posición enfrentada acerca de si los Precedentes Judiciales ilustran o no los vacíos y ambigüedades de la norma	
	Obligatorio cumplimiento del precedente judicial	Atención a la jurisprudencia
	Las sentencias de tutela generan derechos	
	Los jueces en el Nuevo Derecho son colegisladores	Mayor responsabilidad Social del juez en el Nuevo Derecho
	El juez puede y debe apartarse de la norma injusta	Facultades expresas para el juez en el Nuevo Derecho
	El juez puede fallar basado en principios, sin obviar otras normas jurídicas que correspondan salvo que afecten derechos fundamentales	

Unidad Temática	Categoría(s) Emergidas	Concepto(s) Integrador(es)
Valoración	Posición controvertida acerca de relación favorable o no del Nuevo Derecho con la sociedad	Asuntos por consolidar en cuanto a jurisprudencia en el Nuevo Derecho
	Valoración positiva del Nuevo Derecho	
	Espejismo versus Renovación: Posturas encontradas en torno al Nuevo Derecho	Reconocimiento positivo hacia el Nuevo Derecho

Codificación Selectiva

Producto de la relación establecida entre las categorías emergidas surgen conceptos integradores que conforman la codificación selectiva.

Imprecisión en el manejo de tópicos específicos esenciales en el Nuevo Derecho en participantes de estudios jurídicos

En el derecho por su carácter litigante e interpretativo es necesaria la claridad conceptual, es decir, la precisión semántica de palabras, términos, figuras o procesos con que se expresan o elaboran las interpretaciones y se conduce la praxis comunicativa, pues aunque tengan íntima y estrecha relación los términos, pueden ser semánticamente diferentes y cuando existen diferentes interpretaciones la ventaja la tendrá quien mejor uso tenga de la oralidad, lo que no significa garantía de certeza o validez jurídica.

Los actos de tutela y la generación de derecho a partir de la jurisprudencia, están suficientemente normados y no pareciera buen indicador que estudiantes de la carrera de derecho, cursantes de semestres avanzados, manejen distintas interpretaciones. La claridad conceptual y precisión semántica permite mantener una comunicación descifrable y completa con uno mismo y con los demás y evita confusiones, ambigüedades y tergiversaciones en la experiencia comunicativa.

Atención a la jurisprudencia

El desarrollo de la ciencia y la tecnología, aunado a la complejidad del hecho social trae paralelo el avance del conocimiento. La expansión del conocimiento ayuda a encontrar ideas nuevas respecto a la realidad, al mundo y a las normas de comportamiento. La ciencia jurídica no escapa a ello, los informantes revelan el manejo base acerca de los precedentes judiciales, al reconocer su valor como fuente de derecho, pues conforma un mecanismo legal que incorpora progresivamente nuevas interpretaciones a los textos normativos en atención a la naturaleza del problema en estudio y de las condiciones del contexto en el que se suscita la acción en proceso judicial. La obligatoriedad de su aplicación y la consiguiente jurisprudencia facilita el trato equitativo a los ciudadanos y acelera los procesos judiciales. Por otra parte, permite el reconocimiento de vacíos y ambigüedades en el derecho normativo que apertura interpretaciones cónsonas con la realidad social existente.

La jurisprudencia adquiere relevancia en esta corriente del derecho, el juez debe, cotejar toda la normativa existente sobre el caso a nivel nacional e incluso considerando documentos jurídicos suscritos por el país de carácter internacional, revisando incluso con detenimiento las decisiones judiciales precedentes pues cualquier signo de inconstitucionalidad o afectación al derecho fundamental puede ser objeto de sanción.

Mayor responsabilidad Social del juez en el Nuevo Derecho

En el Nuevo derecho es aceptada la mayor responsabilidad social del juez al reconocer que adquieren funciones de legisladores o colegisladores de los casos o situaciones concretas sobre las que decidan, adquiriendo el deber de apartarse de la norma injusta y reconociendo que su actuación trasciende el momento actual al servir de referente en casos equivalentes o iguales posteriores.

Facultades expresas para el juez en el Nuevo Derecho

Es reconocida la particularidad del juez en la aplicación del Nuevo Derecho. Puede crear derecho cuando haya ausencia de norma que garantice los principios o en caso de conflicto acerca de los mismos, donde se aplica la ponderación como metodología para dilucidar el fundamento de la decisión. Está obligado a apartarse de la norma injusta con conciencia de que puede ser objeto de sanciones si la decisión ha obviado un derecho fundamental o no ha tenido el debido proceso. Puede fallar basado en principios, considerando los supranacional y lo nacional. Está obligado a tomar en consideración el precedente judicial si existiere. En caso de obviar este debe ofrecer sólida argumentación.

Asuntos por consolidar en cuanto a jurisprudencia en el Nuevo Derecho

Es reconocida la jurisprudencia constitucional como fuente auxiliar de derecho. Algunos miembros de la comunidad docente no consideran que las sentencias de tutela siempre generen derecho y quienes adversan al Nuevo Derecho señalan que los pronunciamientos judiciales no son la respuesta para superar ambigüedades de la norma al razonar que la Constitución ofrece los medios y las formas de superación de los mismos. Las dudas en docentes acerca de la vigencia y pertinencia de considerar una perspectiva o corriente jurídica al Nuevo Derecho la soportan en la defensa del Estado de Derecho y los señalamientos aluden a que la Constitución contempla los procedimientos para resolver actuaciones novedosas o en conflicto respecto a cualquier situación jurídica.

Reconocimiento positivo hacia el Nuevo Derecho

Existe expresa estimación hacia las ventajas del estudio y aplicación de esta corriente jurídica en estudiantes de la carrera docente, docentes y abogados, al considerar que amplía la acción de los jueces al no solo corroborar el derecho positivo sino ser generador de derecho para casos puntuales y específicos donde esté implicada la posibilidad de violación o vulneración de principios fundamentales declarados en la Constitución Política Nacional y donde la aplicación literal de la norma existente resulta insuficiente o injusta..

Los juicios favorables admiten que por constituir tendencia global de carácter humanista debe ser considerado en todas las instancias judiciales e incorporado con mayor énfasis su estudio en la carrera de formación jurídica. El carácter dinámico y cambiante de los procesos judiciales enmarcados en el Nuevo Derecho conlleva la necesidad de incorporación al pensum de la carrera de derecho de unidades o temas que permitan el desarrollo de competencias específicas para su idónea aplicación. De igual manera los jueces deben ser objeto de permanente actualización en el área.

El Nuevo Derecho permite operar con mayor justicia en casos de conflictos o situaciones jurídicas no contempladas expresamente en leyes o normas. La principal objeción la representa la posibilidad de inseguridad jurídica por la carga subjetiva del juzgador al momento de tomar la decisión.

Análisis de contenido y su consecuente análisis de discurso.

1. Corpus a analizar. Para dar respuesta al objetivo específico N° 02 fueron seleccionadas al azar 31 sentencias emitidas por la Corte Constitucional. Se procedió a su análisis extrayendo de ellas los datos que, a juicio del investigador, pueden aportar información sobre fundamentos y aplicaciones prácticas del Nuevo Derecho. Se muestran a continuación los elementos extraídos de cada una de ellas y seguidamente las categorías derivadas de su lectura e interpretación:

Grafico 5. Sentencias emitidas por la Corte Constitucional

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
C- 593/1 4	Agosto 2014	Contratista independiente	Control de constituci o-nalidad	- Traspresión al mandato de Igualdad - Procedimiento para sanciones - Libertad de agruparse en sindicatos	Exequible Exequible
		Procedimiento para sanciones			
		Conformación de sindicatos			Inhibido
25717	Febrer o 2006	Contrato de trabajo	Recurso de casación a Sala Laboral	Clarificación de términos para determinar costes laborales adeudados	CASA sentencia anterior que niega la existencia de contrato de trabajo No aplicación de régimen propio de los trabajadores oficiales
		Carácter del cargo: servidor público o trabajador oficial			
25713	Diciem bre 2006	Contrato de trabajo	Recurso de casación a Sala Laboral	Procedencia del pago de indemnizaciones moratorias	Prescripción de la indemnizació n moratoria
		Indemnizaciones			

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
		s moratorias			
T-822	Octubr e 2006	Acoso laboral Estrés laboral	Acción de Tutela	Conducta de superiores jerárquicos que constituyen acoso laboral y en consecuencia perjuicio en la salud mental de un trabajador Solicitud de traslado de lugar de trabajo y realización de exámenes de salud	Declarada sin lugar por cuanto se está ante el fenómeno del hecho superado (Traslado del lugar de trabajo y exámenes de salud).
10400	Abril 1998	Indemnización por accidente laboral	Recurso de casación a CSJ	Transgresión del Tribunal a normas jurídicas al condenar a empresa de servicios temporales a indem- nizar a demandante, por accidente.	Absolución de pago por informe insuficiente del accidente por parte del Instituto de los Seguros Sociales
C-995	Agosto 2000	Beneficios sociales del trabajador Discriminación	Control de Constitu- cionalida d	Violación del principio de igualdad en la dotación de calzado y vestido de labor a empleados del sector público	Exequible Igual tratamiento para todos los empleados del sector público en esta materia

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor		Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
		Seguridad social				
T-492	Mayo 2005	Beneficios sociales		Acción de Tutela	Igualdad y debido proceso en la dotación de calzado y vestido de labor	Se concede el recurso de amparo
		Discriminación				
		Seguridad social				
34393	Agosto 2010	Contrato trabajo	de	Recurso de casación a Sala Laboral	Determinación de existencia de contrato de trabajo y en consecuencia pago de derechos de cesantía, servicios, vacaciones e indexación, correspondientes a la duración del contrato	Declaración de existencia del contrato de trabajo Orden de cancelación de prestaciones sociales
C-273	Abril 2003	Control maternidad	de	Control de constituci o- nalidad	El inciso 3° del artículo 1°, Ley 755 (2002) al disponer que la licencia remunerada de paternidad solo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente con quien se tenga dos años de convivencia, desconoce los art. 13 y 44 de la Constitución	Declaración de inexequible a los términos "solo" y "permanente" del referido artículo.
		Licencia remunerada de paternidad				

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor		Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					Política	
C-174	Marzo 2009	Control maternidad	de	Control de constituci onalidad	Inconstitucionalidad de la variación que se presenta en la Ley 755 de 2002 que establece que acorde con el cual el número de días a los que tiene derecho el padre beneficiario de la licencia de paternidad puede variar de cuatro a ocho según si la madre esté o no cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud	Declaración de de inexecutable las expresiones "... cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
C-663	Septie mbre 2009	Control maternidad	de	Control de constituci o-nalidad	Inconstitucionalidad del requisito establecido por el inciso 5° del art. No 1 ° de la Ley 755 de 2002, conforme al cual se exige al padre, para concederle la licencia remunerada de paternidad, que "haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de	Declaración de de inexecutable a las expresiones "cien (100)" y "para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimient

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
				paternidad.	o de la licencia remunera-da de paternidad "
C-070	Febrer o 2013	Protección a la maternidad Derecho al trabajo Protección a la mujer Discriminación de género	Sentencia de unificació n	Fallos de Tutela con la temática de mujeres que en estado de embarazo fueron desvincula-das de sus actividades laborales, y han solicitado a jueces de tutela la aplicación de la protección laboral reforzada constitu- cional por su condición.	Se ordena al empleador en los casos en particulares las respectivas indemnizacio nes o montos dejados de percibir y se reafirma la esta-bilidad laboral re- forzada.
T-629	Agosto 2010	Protección a la maternidad Derecho de las trabajadoras sexuales	Acción de tutela	Una persona que se dedica a la prostitución, cuando se encuentra embarazada, tiene estabilidad laboral, derechos a la seguridad social y goza de salvaguarda del mínimo vital suyo y el del que está por nacer	Conceder el ampla-ro de los derechos funda- mentales a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminació n, al trabajo, la seguir-dad social, la dignidad, la protección de la mujer en

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital
					Cancelación de los sueldos, prestacio- nes e indemniza- ciones a que hubiere lugar
T-212	Marzo 2010	Seguridad social	Acción de tutela	Determinar si la Empresa, el ISS, la Nueva EPS, o el Fondo de Pensiones vulnera- ron los derechos funda- mentales de petición, al debido proceso, a la seguridad social, a la vida, a la salud y al mínimo vital del actor, al dejar de pagarle las incapacidades expe- didas por la nueva E.P.S.	Conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentale s a la seguridad social y al mínimo vital del actor.
T-62	Febrer o	Seguridad social	Acción de tutela	Accidente de trabajo que genera incapacidad temporal. Superados los 180 días de permiso la	Conceder el amparo de los derechos fundamentale

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
	2007	Estabilidad laboral		empresa le notifica la terminación del contrato de trabajo.	s mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social y proporcionar un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes.
C-543	Julio 2007	Derecho a la igualdad Seguridad social	Acción de tutela	Las expresiones “así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”, contenidas en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo relativo al auxilio monetario por enfermedad no profesional vulneran los artículos 13 y 53 constitucionales	Exequibilidad del artículo 227 del CST, por ser enfermedad no profesional. El auxilio monetario por enfermedad profesional no podrá ser inferior al salario No vulnera el derecho a la igualdad porque son prestaciones perteneciente s a riesgos y sistemas de aseguramient o social

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					claramente disímiles.
C-594	Novie mbre 1997	Derecho igualdad Debido proceso	de Control de constitu- cionalida d	Art. 8° de Ley 2351 de 1965, y 62 y 64 (parcial) del CST son violatorio de los derechos fundamentales que se establezca la acción de reintegro cuando el operador judicial sea el encarga- do de valorar las con- diciones sobre las que se presentó el despido	Se declara exequible, no es violatoria esta disposición ya que se pretende que los trabajadores con más de 10 años de servicio no sean despedidos sin justa causa y sin derecho a volver a su lugar de trabajo. Para dar por terminado el contrato de traba-jo debe agotar el debido proceso que se haya establecido
C-299	Junio	Derecho a la	Control	Es violatoria del	Se declara

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
	1998	autonomía y de libre constitu- determinación cionalida d		derecho a la autonomía y libre determinación de los trabajadores la causal de terminación unilateral del contrato de trabajo contemplada en el artículo 62, literal a), numeral 3 del CST.	exequible la disposición establecida en el artículo 62, literal a), numeral 3 del CST, en el entendido de que prime-ro se haya oído al trabajador respecto a las causales que fundan su desvinculació n, esto como desarrollo del derecho fundamental de defensa.
T-546	Mayo 2000	Debido proceso Defensa en caso de una terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa	Acción de tutela	Debe una persona jurídica de derecho privado, en caso de querer dar por terminado un contrato laboral unilateralmente, regirse bajo los presupuestos del artículo 29 Constitucional	Denegar el amparo solicitado
C- 1049	Agosto	Debido proceso	Control de	Vulnera el derecho al debido proceso y a la	Declarar exequible el

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
	2000	Igualdad	constitu- cionalida d	igualdad, la terminación con justa causa del contrato laboral de los administradores, en caso de toma de posesión de la Superintendencia Bancaria	parágrafo del art. 22 de la Ley 510 de 1999 sólo si se entiende y aplica en el sentido de que la justa causa para la terminación del contrato de trabajo y la exclusión de la indemnizació n se configuran por la probada responsabilidad del trabajador en los hechos que han dado lugar a la toma de pose- sión de la entidad.
C-079	Febrer o 1996	Terminación de contrato	Control de constitu- cionalida d	El numeral 7° del literal a) del artículo séptimo del Decreto 2351 de 1965, vulnera los derechos fundamentales que se consideren como causal justa de terminación del contrato	Declarar exequible el numeral en discusión, salvo el aparte que dice: o el arresto

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
				el arresto preventivo superior a 30 días o la adquisición de una enfermedad contagiosa no profesional	correcional que exceda de ocho (8) días, o aun por un tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato" respecto del cual se declara inhibida. -Declarar exequible el numeral 15° del literal a) del art. séptimo del Decreto 2351 de 1965.
C-372	Julio 1998	Jornada laboral Pensiones	Control de constitu- cionalida d	Es violatoria de los derechos fundamentales la excepción que realiza el CST respecto a la duración de la jornada laboral en el art. 162 No garantiza los	Declarar exequibles los literales a) y b) del artículo 162 del CST, y, en el caso del literal b) la exequibilidad se condiciona

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
				derechos de los trabajadores la figura jurídica denominada pensión sanción	<p>en el sentido de que los trabajadores domésticos que residen en la casa del patrono, no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias.</p> <p>Declarar exequible la frase "no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador", contenida en el inciso primero del art. 267 del CST, modificado por el artículo 133 de la ley 100 de 1993, y las expresiones "exclusivamente" y "que tengan la calidad de trabajadores</p>

N° Sentencia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					oficiales” parágrafo primero.
C-310	Mayo 2007		Control de constitucionalidad	Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 252 (parcial) del CST al ser violatoria de los derechos fundamentales la forma en que se liquidan las cesantías de los trabajadores del servicio doméstico conforme a los pre-supuestos del CST	Declarar inexecutable la expresión “sólo”, contenida en el numeral 2° del art. 252 del CST Declarar executable, en lo demás, el numeral en mención en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
C871	Novie mbre 2014	Derecho de igualdad	Control de constitu- cionalida d	Acción de incons- titucionalidad contra el artículo 306 del CST por ser violatoria de los derechos funda- mentales al excluir a los trabajadores del servicio la prima de servicios	Declarar exequible la expresión “toda empresa”, contenida en el artículo 306 del CST y ordenar al congreso ampliar el beneficio prima de servicios a los trabajadores domésticos
C-616	Septie mbre 2014	Derechos de las trabajadoras domésticas	Control de constitu- cionalida d	Es acorde con la Constitución Política de 1991 el tratado 189 de la OIT ratificado a través de la ley 1595 del 21 de diciembre de 2012 lo que exige revisión de constitucionalidad de la ley 1595	Declárase exequible el Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (Número 189”), adoptado en Ginebra, Confede- ración Suiza, en la 100a reunión de la

N° Sentencia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					Conferencia Internacional del Trabajo el 16 de junio de 2011.
					Declárase exequible la Ley 1595 del 21 de diciembre de 2012, aprobatoria del instrumento internacional referido.
C-823	Octubre 2006	Derechos de los trabajadores ocasionales	Control de constitucionalidad	Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 223 b), 229 b), 247 (parcial), 289 (parcial) y 251 b) del CST por considerarse violatorio de los derechos fundamentales que se establezca que los trabajadores ocasionales o transitorios sean excluidos de todas las prestaciones sociales que están estipuladas en favor de los demás trabajadores vinculados bajo otras modalidades	Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con los artículos 223, literal b), 229, literal b), 247 (parcial) y 289 (parcial) del CST, por carencia de objeto

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
				contractuales	Declarar inexequible el literal b) del artículo 251 del CST.
C-825	Octubr e 2006	Derechos de los Trabajadores ocasionales	Control de constitu- cionalida d	Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 223 b), 229 b), 247 (parcial), 289 (parcial) y 251 b), 289 (parcial) y 306 (parcial) del CST es violatorio de los derechos fundamen- tales, al establecer que los trabajadores ocasionales o transitorios sean excluidos de todas las prestaciones socia-les que están estipuladas en favor de los demás trabajadores vinculados bajo otras modalidades contractuales	Declararse inhibida para emitir un pronunciamie nto de fondo en relación con los artículos 229, literal b), 247(parcial) y 289(parcial) del CST por tratarse de normas derogadas. Sujetarse a lo resuelto en la Sentencia C- 823 de 2006, mediante la cual se declaró inexequible el literal b) del

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					artículo 251 del CST
T-687	Agosto 2006	Perjuicio iusfundamental	Revisión de sentencia	La acción de tutela puede proceder como mecanismo idóneo para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. Existe el riesgo de que se produzca un per- juicio iusfundamental irremediable que resulte necesario evitar mediante la acción de tutela	Revocar los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal que negaron la acción de tutela del demandante contra la empresa y tutelar sus derechos funda- mentales a la estabilidad laboral reforzada, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital. Ordenar a la empresa el reintegro del trabajador en un cargo con funciones compatibles con su estado

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					de salud.
T-978	Octubr e 2004	Derecho a la vida Derecho a la salud Seguridad social	Acción de tutela	Vulneró o puso en riesgo la empresa la efectividad de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de la trabajadora al desafiliarla del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo durante el periodo de prueba	Negar la tutela por cuanto el periodo de prueba, de acuerdo con el CST, permite la terminación del contrato de trabajo sin motivación expresa. Respecto al derecho a la salud y la seguridad social, de las pruebas puede inferirse que ha recibido la atención médica necesaria para superar su dolencia física, la que en criterio de su médico tratante está actualmente superada y el servicio médico se

N° Sente ncia	Fecha	Tema o descriptor	Tipo de sentencia	Hecho u objeto de pronunciamiento	Veredicto
					encuentra vigente.
T- 1097	Diciem bre 2012	Derechos de la mujer	Acción de tutela	Las personas jurídicas demandadas vulneraron el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las accionantes al despedirlas durante su estado de gravidez y sin el permiso de la autoridad de trabajo correspondiente, pese a que adujeron como causal objetiva: i) la renuncia.	Aceptación o negación de la tutela según estudio particular de cada caso.

b. formulación de supuesto de estudio. En el contexto de la práctica jurídica, a partir de los postulados de Neoconstitucionalismo en el que se resalta el papel de los Tribunales Constitucionales como creadores de derecho, posturas de los Jueces que contravienen tales postulados emplearán un discurso en perspectiva de formación que afectan significativamente la conformación del Estado Social de Derecho en Colombia.

c. objetivo. Interpretar los contenidos implícitos de la temática, con énfasis en lo laboral, presentados en los documentos legales calificados como Sentencias.

2. Elección de Unidades

Unidades de Registro. Comprende el objeto o referente, representados en el tema o ejes sobre práctica jurídica, vinculada al proceso de formación profesional

sobre la disyuntiva contenida en las perspectivas entre Viejo Derecho y Nuevo Derecho, con énfasis en contenidos laborales.

Unidades de Contexto, el tema/párrafo contenido en lo que se nombra como *Hecho u objeto de pronunciamiento*.

3. Reglas de enumeración

Se utilizó *la presencia* como tipo de enumeración.

4. La Categorización, se rotula a partir de la identificación de la sentencia-tipo de sentencia-hecho-veredicto.

5. Tratamiento de los resultados, la inferencia y la interpretación

De la lectura de las resoluciones judiciales dictadas en las cuales se declara el derecho de alguna de las partes y la obligación de la otra a cumplirla, se puede inferir:

Privilegio a los derechos fundamentales de la persona en los veredictos.

En todos los casos, se evidenció el privilegio a los principios constitucionales; aunque en la sentencia no se detalla la metodología seguida, de su lectura se deduce que siempre y cuando conformaran un acto jurídico ajustado al debido proceso y se presentaran las pruebas correspondientes los derechos fundamentales fueron garantizados. Los derechos fundamentales más comunes en la sentencia corresponden a maternidad, salud, trabajo, igualdad, defensa, debido proceso, seguridad social.

Establecimiento de ratio o argumentación como requisito obligatorio en la sentencia.

En cada sentencia se describe de manera exhaustiva los argumentos jurídicos que validan la decisión asumida por la Corte Constitucional. En este sentido, la sentencia incluye la descripción de los hechos o elementos fácticos que presenta el

demandante; especifica las normas constitucionales objeto de pronunciamiento; los procedimientos judiciales anteriores existentes, si fuese el caso; precisa el problema jurídico de la sentencia; establece la decisión; y presenta la doctrina que justifica en el caso concreto la decisión mayoritaria.

El ámbito de aplicación del Nuevo Derecho se da en diversas ramas del derecho.

Las sentencias analizadas se ubican en las áreas de: Derecho Laboral. Derecho de la mujer y equidad de género. Derecho Familiar. Control Constitucional

Acciones de tutela, control de constitucionalidad, recursos de casación y sentencias de unificación mecanismos jurídicos de mayor demanda en el Nuevo Derecho

Las acciones judiciales de mayor despliegue para la aplicación del Nuevo Derecho son: recurso de casación, acción de tutela, control de constitucionalidad, sentencia de unificación.

El recurso de casación es un mecanismo judicial que tiene por finalidad definir si la sentencia emitida por tribunales de inferior instancia la cual se impugna, fue proferida en arreglo a la ley o esta fue aplicada o interpretada indebidamente. Representa un enfrentamiento entre la sentencia y la ley vigente para ratificar o no su legalidad y acierto.

La acción de tutela es un mecanismo previsto en la Constitución Política de Colombia vigente, que busca proteger los Derechos constitucionales fundamentales de los individuos cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de personas (naturales o jurídicas) de naturaleza privada o de órganos del Estado.

La sentencia de unificación intenta igualar la interpretación del Derecho cuando existe dispersión jurisprudencial sobre una determinada materia de Derecho o para justificarla en los antecedentes existentes.

El control de constitucionalidad es el mecanismo jurídico que permite la revisión de las normas ordinarias, de manera total o parcial, y en caso de contradicción con la Constitución se procede a la invalidación de las normas de rango inferior que no hayan sido hechas en conformidad con aquellas.

No existen condición inherente a la persona para ser actor o accionante del mecanismo jurídico seleccionado en el Nuevo Derecho.

Los actores o accionantes de los mecanismos jurídicos corresponden tanto a la categoría de personas naturales como de personas jurídicas, de carácter privado o público.

La acción control de Constitucionalidad conforma mecanismo de revisión de sentencias de instancias judiciales de menor jerarquía la Corte Constitucional.

La acción de Control de Constitucionalidad constituye una posibilidad de revisión frente a una decisión anterior con respecto al caso planteado. Adquiere especial significación por permitir resarcir un derecho fundamental que no ha sido reconocido en otras instancias judiciales y que corresponde a casos de violación u omisión de derechos fundamentales al emitir una sentencia.

En sentido general, se aprecia una alta vinculación en las sentencias con el Nuevo Derecho; todas las solicitudes obedecen a necesidades de preservar o garantizar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional y con consideración de la normativa legal vigente. En ninguna, sin embargo, se evidencia ponderación de principios de manera expresa.

CONCLUSIONES

A manera de colofón se presentan algunas consideraciones finales que tienden a recopilar de manera sucinta pero profunda el resultado de la investigación, teniendo en cuenta el universo auscultado que no es otro que el de estudiantes, profesores y litigantes, como se plantearon desde el mismo momento, cuando se trazaron los objetivos.

Siendo fieles a lo anteriormente precitado, podemos decir que el análisis de los datos detallados en el capítulo IV de la investigación que puntualiza y resume la visión que se obtuvo frente al significado del nuevo derecho para los grupos en estudio, encontramos a prima face que hay un reconocimiento del nuevo derecho en Colombia y lo más interesante es que la información obtenida sobre su existencia observa que hay distinción entre la metodología textual, que no es otra cosa que el normativismo simbolizado por las propuestas, que los filósofos del derecho, denominan el positivismo jurídico. Dicha escuela basa su concepción de la ciencia jurídica en la naturaleza del derecho en la que se eliminan los elementos sociológicos, políticos y morales. Teoría que permite definir todos los conceptos jurídicos básicos a partir de las normas positivas que integran un ordenamiento jurídico, y como se dijo anteriormente, con independencia de sus contenidos específicos.

Para esta forma de pensar, una norma jurídica es un juicio del deber ser en el que se imputa una sanción jurídica para descripción de una conducta, es decir, explica los fenómenos jurídicos mediante el abrigo de la noción de sanción, con el que se caracteriza la norma.

Por lo expuesto, lo que expresaron los informantes no es otra cosa que la distinción entre las dos grandes corrientes del derecho, la primera, la de carácter taxativo de la norma en donde ella se debe cumplir si se han llenado los requisitos

de promulgación por el legislador y el cumplimiento de la misma por el Estado policivo y coercitivo, y que se denominó en la investigación viejo derecho. Dicha postura es la aplicación de las normas de una manera más formalista y casi textual. Ahora bien, el grupo denominado docentes frente al mismo tema sostienen que el sistema jurídico debe sujetarse a la ley y al orden, pues lo contrario significa estar fuera del contexto del derecho y las reglas diseñadas por el legislador y sancionadas por el congreso son aplicables a casos concretos, evidenciando y sosteniendo el principio latino del derecho; “*dura lex es lex*” que no es otra cosa en su transcripción que dura es la ley pero es la ley.

De otra forma los estudiantes y docentes identifican de manera clara y específica y sin equívoco alguno que hay otra metodología sobre como observar el derecho con base en los principios, sean estos de origen del derecho *ius naturalista* o consagrados en la constituciones con el único fin de resolver problemas jurídicos que se denominan los casos difíciles por los tratadistas, que representan esta corriente filosófica del derecho.

Es por ello, que en ocasiones los jueces utilizan reglas que no están positivadas, incluso con el propósito de usarlas frente a normas establecidas en la codificación general, para resolver de un modo distinto a como fallarían si tuvieran que aplicar reglas exclusivamente que regulen los casos, dicho actuar del juez es lo que hoy se denomina fallar con base en principios.

Procede para la explicación que hemos venido haciendo en estas conclusiones traer a colación el famoso caso de la justicia Norteamericana denominada **Rigg Vs Palmer**, consistente en donde un hombre adinerado muere sin más heredero que su nieto, conforme al derecho vigente el nieto es heredero universal y por lo tanto le corresponde toda su herencia. Pero el abuelo expira justamente a manos de su nieto. El caso se limitó a una sola pregunta con el objeto de resolverlo: ¿Debe este pese a todo heredar la fortuna del abuelo?. El derecho vigente norte americano no contemplaba esta excepción, sin embargo, la Corte encargada del caso le negó al nieto el derecho a la herencia sobre la base de un argumento moral que para

entonces no formaba parte del derecho: El principio de que nadie debe beneficiarse de su propio acto ilícito.

Como se puede apreciar la Corte Norteamericana fallo el caso con base en principios dejando de un lado la norma o la regla que establecía el derecho a adjudicarse la herencia; este asunto nos lleva a determinar cómo los informantes tienen el conocimiento de que en la actualidad existe una justicia moderna en donde para resolver casos difíciles se puede acudir a fallar bajo principios de derecho como Constitucionales, teniendo en cuenta como lo dicen los juristas si chocan dos principios, el juez deberá ponderar y aplicar los que sean más prevalentes a los derechos humanos en especial al derecho de la dignidad humana.

La riqueza de la entrevista a profundidad frente al tema que nos ocupa trasciende la teoría cuando el entrevistado, de manera explícita establece que se debe tener en cuenta que en el nuevo derecho la hermenéutica y su aplicación es muy importante y trascendental al momento de descubrir derechos o descubrir principios ya que es importante reconocer que los principios no se crean sino que se descubren a partir de la interpretación que generan los operadores judiciales.

Teniendo una relación directa con lo que se ha venido preconizando en los anteriores párrafos, hay una correlación entre los principios generales del derecho y los principios constitucionales, especialmente en lo pertinente a la dignidad humana. Los estudiantes entrevistados en el proceso de investigación, estiman el nuevo derecho como garante de los derechos fundamentales del hombre, la necesidad de respetar la dignidad de la persona, no solamente en normas internas sino en tratados internacionales, y consideran que el nuevo derecho es el asegurador para que las autoridades del Estado logren respetar y hacer respetar ese gran principio UIS NATURALISTA de la observancia de los derechos humanos.

Los docentes reafirman el concepto expresando que si no se tienen en cuenta la dignidad del ser humano no estamos hablando de un nuevo derecho, estaríamos hablando de un antiguo derecho, entonces ya pensaríamos en la esclavitud legal y en situaciones ya superadas. Se atisba en lo expuesto por los consultados la

claridad meridiana en el sentido de que la dignidad humana es esencia y hace parte fundamental del Nuevo derecho.

Por consiguiente, es menester manifestar que hay una estrecha relación según los indagados, entre el nuevo derecho y la sociedad, al expresar que en la balanza de resultados el nuevo derecho es más favorable y justo que el derecho normativo, pues se impone lo social sobre los intereses económicos y políticos, y coincide en que la nueva forma de mirar el derecho brinda una protección a las personas entorno a los derechos y principios que podría ser un instrumento de cambio social.

Estiman los sondeados el denuevo de una nueva de forma de pensar el derecho en donde hay un mayor control constitucional en materias relevantes con ciudadanos rogantes de justicia, como son los trabajadores, las trabajadoras, las mujeres, los niños, los de la tercera edad, los homosexuales, las parejas homoafectivas, y las personas con discapacidad que generan una debilidad manifiesta y que la sociedad y la ley deben proteger. Sin lugar a dudas esa estrecha relación entre el nuevo derecho y la sociedad colombiana que protege a los más débiles, es quizás la más palpable presunción de esta teoría social que hoy denominamos aquí nuevo derecho.

Por supuesto, los informantes que dieron respuesta a las inquietudes planteadas en el instrumento concluyen de manera evidente, que para dar cumplimiento a esta nueva forma de mirar el derecho, dedicado a la protección de los más desfavorecidos, no desde un punto político sino desde un punto de vista de su praxis, se requiere de un juez diferente al juez que desconoce los principios, la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la salud, a ejercer las buenas costumbres, por uno que las respete las haga valer y con sus decisiones las integre al ordenamiento jurídico. De ahí que ese nuevo juez en aplicación de los principios no se le permita obtener beneficios de su propio fraude, tomar ventaja de su propia falta, fundar pretensiones sobre su propia inequidad o adquirir la propiedad basándose en su propio crimen, es decir, se necesita un juez puro, jurista, claro y preclaro o mejor dicho un nuevo juez bajo una nueva escuela de derecho.

Cerrando este hallazgo es menester en estas conclusiones, señalar frente a la características tener el nuevo juez, en la necesidad de que este tenga un único fin de fallar en justicia, acercándose más a la sociedad, a la función social que tiene el derecho, y que no olvide completamente la finalidad para la cual la sociedad lo ha investido de la más bella de las tareas: impartir justicia, amparado por unas políticas de Estado donde el prevaricato no limite jamás su función ni le infunda temor por sus decisiones adecuadas como lo hemos venido preconizando en el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana.

Igualmente es pertinente indicar, que en la aplicación de principios se presenta una valoración ambivalente ya que pese a que existe expreso de reconocimiento de las ventajas del nuevo derecho como protector de los derechos humanos, existen temores en los operadores jurídicos por una posible incertidumbre jurídica que puede generar su aplicación por parte de los superiores al no utilizar la regla, lo cual no podría darse en el entendido que los principios siempre serán orientadores y guardianes del derecho.

Así mismo, en el trascurso de la investigación se dejar ver la necesidad de hacer un estudio más profundo sobre nueva figura jurídica del precedente judicial, según los estudiantes dicha institución jurídica conforme lo ha indicado las altas cortes serán las únicos referentes a tener como pilar jurisprudencial, situación que obliga al juez a dar aplicación de manera inmediata a dichas decisiones. De la misma manera los docentes presentan un antagonismo sobre el conocimiento y cumplimiento del referido precedente, señalando que se cumplen mediante la obediencia de las partes establecida por el legislador y si bien el constituyente entregó funciones al legislativo y al judicial, este tendrá que hacer lo consagrado en la Constitución en su artículo 50, sin embargo otro informante tiene claro que el precedente judicial es una herramienta importantísima para el siglo XXI, pues con la existencia de la sentencia C- 836 de 2001 de magistrado Ponente Rodrigo escobar Gil, en la cual se debatió si el precedente tenía o no fuerza vinculante concluyendo que tiene fuerza vinculante para casos futuros y explica que hoy el precedente ha invadido todas las ramas del derecho porque es una herramienta judicial.

De esta manera, es pertinente recalcar, que el precedente judicial aparece como una fórmula de ilación de la justicia entre lo expresado en las sentencias de la Corte Constitucional y los demás jueces de tutela que a pesar de pertenecer a la justicia ordinaria, tendrán en el momento de fallar un caso de carácter Constitucional., y si el caso a resolver tiene en la jurisprudencia constitucional elementos iguales en los hechos y en las pretensiones y existen sentencias de unificación sobre esos aspectos, el Juez que ahora es Juez Constitucional deberá acatar el precedente y fallar conforme los lineamientos señalados , expresados e indicados por la Corte Constitucional. Acatar el precedente por parte de los jueces ordinarios que se convierten en jueces constitucionales genera una certeza jurídica y evita que existan fallos dispersos sobre los mismos hechos y sobre las mismas pretensiones.

Ahora bien, los fallos que configuran las sentencias unificadas y que orientan el precedente judicial provienen de decisiones de tutelas contra sentencias emanadas de la justicia ordinaria, sentencias que no solo han desconocido no solo el precedente sino que se han fallado contrariando la Constitución, sus principios y su espíritu.

En suma de lo explicado frente al precedente constitucional ha aparecido una nueva situación jurídica que se ha denominado “*Choque de Trenes*”, o el decir del derecho español, “*Choque de Cortes*”, en la medida en que se enfrentan las Cortes y el Consejo de Estado, por la forma en que cada una exterioriza la producción de sus fallos.

A manera de ejemplo, en materia laboral la Corte Suprema de Justicia ha venido ponderando que las trabajadoras en estado de embarazo que ejecutan un contrato de trabajo a término fijo podrán ser retiradas de su vinculación laboral con los 30 días de anticipación a la terminación del contrato de trabajo pactado y que dicha finalización no tiene carácter de despido sino que por el contrario, opera el cumplimiento del plazo pactado por la voluntad de las partes, lo que quiere decir, según la Corte Suprema de justicia tiene más valor la voluntad de las partes que

pactaron el plazo del contrato de trabajo, que el derecho de la trabajadora en su protección de maternidad y que los derechos del que está por nacer.

En este tema la Corte Constitucional sostiene lo contrario y mantiene que la voluntad de las partes en el plazo fijo pactado la tiene la trabajadora embarazada en su protección maternal y que de la misma manera se protege al menor que está por nacer, por ser estos derechos mínimos fundamentales establecidos en la Constitución en su artículo 53 bajo un principio que se ha denominado: “protección a la maternidad”. Desde luego se observa el “choque de trenes”, entre una posición civilista que expresa la voluntad de las partes contra un principio constitucional que al enfrentarlos genera la tensión y su respectivo choque. Aun mas, genera escozor en los Magistrados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, porque a través de la acción de tutela contra sentencias, la Corte Constitucional restablece los derechos de la trabajadora, ordena el reintegro, ordena los salarios dejados de percibir y protege los derechos y la vida del que está por nacer.

Finalmente y en cumplimiento de los objetivos es oportuno establecer el papel de las Universidades llámense estas públicas o privadas, en la enseñanza del derecho con la finalidad de reordenar los planes y programas de estudio y además diseñar los currículos en donde se establezca el cambio en la formación de los jóvenes abogados bajo criterios de respeto por los derechos humanos y la dignidad humana. De igual manera a instaurar una enseñanza en donde se puedan eliminar los conceptos de imposición normativa por el de los principios ya sean estos de derecho o Constitucionales con la precisión conceptual y epistemológica, acerca de la fundamentación del nuevo derecho, situación en la que hoy estamos inmersos y que se observó en el análisis del instrumento desarrollado.

No puede omitirse la importancia que se infiere, luego de incursionar en los procesos formativos de un profesional para nuevos tiempos. De la misma manera el cómo la temática resulta vinculante con la vida docente, no necesariamente del área jurídica, y no sólo en el área curricular. La *gestión educativa*, la interacción entre sus miembros, las nuevas ordenanzas políticas, económicas, sindicales también se

enfrentan a nuevas perspectivas que requieren del apuntalamiento jurídico para un mejor convivir.

Después esta revisión, se puede concluir sobre las sentencias analizadas que pese a la evidencia de esta nueva corriente en el tiempo, ya hubiese sido posible que estuviese más inmersa esa corriente en la sociedad y anclada en los currículos de la enseñanza del derecho, sin embargo se muestra un tímido conocimiento o por el contrario un gran afán en su aplicación en sectores de avanzada que han bebido de su conocimiento en el nuevo derecho bajo la orientación de insignes profesores europeos que lideran la nueva corriente del derecho. Sin embargo hay aspectos que revelan insuficiencia de formación jurídica en la materia, no obstante es necesario tener presente que las corrientes de pensamiento que han revolucionado y cambiado el mundo se han incubado durante años y luego gestado durante siglos para que un cambio de paradigma sea aplicable y más aún, ejecutable.

Y frente a su aplicación aunque pueda percibirse que no es claro si es una tendencia, un cambio o renovación en el derecho o es un proceso de conformación, las posiciones históricas demuestran que serán los años venideros los que la definan y las ubiquen en el que hacer jurídico frente a las discusiones entre el viejo y el nuevo derecho y entre el *ius naturalismo* y el *ius positivismo* que llevan siglos en posiciones encontradas, situaciones reflejadas en nuestros auscultados.

De tal manera que esta teoría aquí planteada demuestra un cambio de paradigma sostenida por el advenimiento de un derecho basado en aspectos sociológicos, humanos y de respeto por la dignidad de los derechos humanos, en contra vía de las reglas imperantes que no aceptan sino el **todo o nada**, es decir, lo que diga la regla, lo que diga la ley, sin importar la ética general que se ocupa de los principios que deben gobernar la vida del hombre en la sociedad organizada con sus semejantes. Los principios éticos son principios de la moral o del derecho natural. Por lo tanto es perfectamente posible aceptar una evolución hacia una teoría de la interpretación judicial más inteligente, guiada por valoraciones, alejada del formalismo con el único fin de propugnar por la sobrevivencia de la especie humana.

REFERENCIAS

- Bauman, Z. (2007). *Tiempos Líquidos*. España: Tusquets Editores
- Biscardi, M. (2005), *Las fronteras del derecho*. Buenos Aires: Editorial Dunken
- Bobbio, N. (2015). *El problema del positivismo jurídico*. México: Editorial Fontamara
- _____. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, España: Editorial Trotta
- Bonett, S. (2013). *La oralidad en la casación laboral*. [Libro en línea]. Disponible: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/32samir-alberto-bonett.pdf> [Consulta 2015, diciembre 11]
- Blumer, H. (1982). *Interaccionismo simbólico, perspectiva y método*. [Libro en línea] Disponible: <https://es.scribd.com/document/246161107/Blumer-El-Interaccionismo-Simbolico-Perspectiva-y-Metodo-Cap-1-7-y-8> [Consulta, 2015, marzo 6]
- Conferencia de Monterrey. *Forum Mundial de las Culturas*. (2007). *Declaración universal de derechos humanos emergentes*. [Documento en línea]. Disponible: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/oct09/dhe.pdf> [Consulta: 2016, Enero18]
- Constitución Política de Colombia (Nº 116). (1991, Julio 20). [Transcripción en línea]. Disponible: http://fresno-tolima.gov.co/apc-aa-files/65396230373138646432376564353935/constitucion-politica-actualizada_1.pdf [Consulta: 2015, Septiembre 20]
- Carbonell, M. (2009) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 4ª ed.
- _____. (2016). *¿Cómo formar mejores abogados?* Semanario La Silla rota. Enero 30.
- _____. (2008). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia*. En *Estudios Constitucionales* [artículo en línea] núm. 1, Disponible: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060111> [Consulta: 2016, Febrero]
- Código procesal del trabajo y la seguridad social*. (Decreto ley 2158). (1948, Junio 24). [Transcripción en línea]. Disponible:

- http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html [Consulta 2015, Mayo 21]
- Código General del proceso* (ley 1564). (2012, Julio 12). [Transcripción en línea]. Disponible: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>. [Consulta: 2016, Febrero 14]
- Código sustantivo del trabajo* (Nº 27.622). (1951, Junio 7). [Transcripción en línea]. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html. [Consulta: 2015, Abril 2015]
- Chinchilla, T. (1998). *De la rama legislativa*. [Libro en línea] Disponible: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_vi.pdf [Consulta: 2015, Noviembre 7] Colombia: Edición Comisión Colombiana de Juristas
- Durkheim, E. *Las formas elementales de la vida religiosa*. Editorial Schapire, Buenos Aires, 1968.
- Dworkin, R (2012). *Los derechos en serio*. España: Ariel
- Ferrajoli, L. y otros. (2010). *Cultura Jurídica e Instituciones. En Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo xx*. [Libro en línea] Disponible: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2840/2.pdf> [Consulta 2015, Marzo 14]
- Figueroa, T. (2011). *La Enseñanza del Derecho: más allá del formalismo*. [Documento en línea] Trabajo de grado de maestría publicado, Universidad Nacional de Colombia. Disponible: <http://www.bdigital.unal.edu.co/8665/1/06698343.2011.pdf> [Consulta: 2016, Enero 18]
- García, L. (2008). *El "nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?* Revista Derecho UNINORTE [Revista en línea] 29. Disponible: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100012 [Consulta: 2015, Octubre 9]
- González, J. (2012). *El constructivismo pedagógico aplicado al derecho: hacia una formación dinámica*. Disponible: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n133/v45n133a4.pdf> [Consulta: 2015, octubre 9]

- Guadarrama, E. (2001). *La jurisprudencia como sentencia judicial*. [Libro en línea]. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/24.pdf> [Consulta: 2015, Octubre 13]
- Jaramillo, I (2015). *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia*. Bogotá: Legis editores, 2ª edición
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Krippendorff, K. (1990). *Metodología de análisis de contenido*. Teoría y práctica. Grupo Planeta
- López Medina, D. E. (2016). *Teoría Impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. 8ª reimpresión. Colombia: LEGIS editores.
- _____. (2016). *El derecho de los jueces*. 15ª reimpresión. Colombia: LEGIS editores.
- López, D. (2004). *¿Derecho del trabajo o Derecho del empleo? La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo*. Gaceta laboral [Gaceta en línea], 1. Disponible: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33610102> [Consulta: 2015, Septiembre 17]
- Molina, M y otros (2014). *Diagnóstico y lineamientos técnicos para los distintos escenarios de la práctica jurídica de los programas de derecho de las instituciones de educación superior en Colombia*. Edición ACOFADE [Libro en línea], Disponible: <http://www.uniremington.edu.co/images/investigacion/libros-investigacion/diagnostico-lineamientos-uniremington.pdf> [Consulta: 2015, Julio 6]
- Morin, E. (1990). *Introducción al pensamiento complejo*. España: Gedisa editorial
- Monroy, M. (1999). *Reflexiones sobre la enseñanza del derecho en Colombia*. En *Estudios socio jurídicos* [artículo en línea] Disponible: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0124-05791999000100008 [Consulta: 2015, Noviembre 11]
- Naciones Unidas (1948). *Declaración universal de derechos humanos* (1948). Fundación acción pro derechos humanos [Documento en línea]. Disponible: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CjwKEAjwtq8y8BRCstYTm8qeT9mwSJACZGjUkq9QjzkwHhyqRnC5LybwdaFzadCUZWDQ5SGXJZbAJ6BoCDw_w_wcB [Consulta: 2015, Diciembre 16]

- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. [Libro en línea] Colección mayor Filosofía y Derecho. Editorial ASTREA, 12ª reimpresión. Disponible: <https://es.scribd.com/doc/17589835/introduccion-al-analisis-del-derecho-nino-carlos-santiago> [Consulta: 2016, Enero 20]
- Pozzolo, S. (2015). *Apuntes sobre el Neoconstitucionalismo*. En Zamora, Núñez, Álvaro (Comp.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho*, volumen uno [Libro en línea]. Biblioteca Jurídica Virtual-UNAM Disponible: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/13.pdf> [Consulta: 2015 Noviembre 6]
- Pérez, R. (2016). *Reformar la educación jurídica ¿tarea para Sísifo?* *Revista pedagogía y didáctica del derecho UNICHILE* [Revista en línea] 3. Disponible: <http://www.pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/rpud/article/viewfile/41911/43580>, [Consulta: 2016, Febrero 21]
- Piaget, J. (1984). *Los procesos de adaptación*. Argentina: Nueva Visión
- Sarmiento, J. (2014). *La educación jurídica colombiana y la globalización: entre los estudios de "caja negra", el formalismo jurídico y la nueva hegemonía*. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, U. Javeriana. [Revista en línea], enero - junio. Disponible: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8540> [Consulta: 2016 Enero 14]
- Sentencia n° t-406/92, Corte constitucional colombiana. [Transcripción línea] Disponible: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.ht> [Consulta: 2015, septiembre 6]
- Silva, G. (2001). *Principios Constitucionales y rol social del juez*. En *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5312252> [Consulta: [2015, Abril 5]
- Staruss y Corbin (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Colombia: Editorial Universidad de Antioquia.
- Tamayo, J. (2006). *El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho*. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB-Medellín* [Revista en línea], 105. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2367467> [Consulta: 2015, Noviembre 30]

Ugas, G. (2006). *La complejidad: un modo de pensar*. Venezuela: **editorial:**
Editorial: Gabriel Antonio Ugas Fermín.

Zambrano, A. (2011). *Del Estado constitucional al Neoconstitucionalismo. El sistema interamericano de DD.HH. a través de sus sentencias* [Libro en línea]. Disponible:http://www.alfonsozambrano.com/libros/estado_constitucional.pdf [Consulta: 2015, Febrero 8]

ANEXOS

[Anexo A: Consentimiento del entrevistado]

[Anexo A]
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR
INSTITUTO PEDAGÓGICO RURAL GERVASIO RUBIO
DOCTORADO EN EDUCACIÓN

Formato de consentimiento del entrevistado

Estimado colega:

Permítame invitarle a participar en la investigación de la Tesis doctoral que aspira *Reconocer en lo sujetos actores de la tarea pedagógica jurídica y de la práctica jurisprudencial, las representaciones sociales sobre viejo y nuevo derecho, ínsito en la constitución de 1991, que apunten a la comprensión del pensamiento jurídico tendente a la construcción del Estado Social del Derecho en Colombia*. Su participación será como Informante clave dada la particular información que puede ofrecernos al respecto del tema aun cuando la identidad de los participantes será anónima.

Con su aceptación se acuerda que los datos serán manejados solo para uso académico. Por favor, entiéndase que su participación en el estudio es totalmente voluntaria y que tiene el derecho a abstenerse de hacerlo sin ningún inconveniente.

Cordialmente,

Álvaro Camargo Solano

Entrevistado

ANEXO

[Anexo B: Formato de Codificación descriptiva]

Formato de Codificación Descriptiva

Propósito de la entrevista: Incursionar en el dilema “*viejo derecho*” y “*nuevo derecho*” ínsito en la tarea pedagógica universitaria y jurisprudencial, a fin de reconocer simbolismos en los acontecimientos de formación jurídica en pos del Estado Social de derecho en Colombia.

Fenómenos de investigación

Dimensiones de una RS, según Moscovici)

Cod.	Texto de la entrevista	Dimensión
01AL	<p>Entrevistador: Buenos tardes, hoy 2 de Junio, estamos en el proceso de las entrevistas con abogados litigantes, sobre nuestra tarea para entrar a definir la investigación del nuevo derecho y del viejo derecho, hoy tenemos al doctor R., quien es un abogado litigante y que en nuestra primera parte nos va decir quien es:</p> <p>Entrevistado: gracias doctor Camargo soy abogado litigante, hace 16 años, estuve también un tiempo trabajando en la rama judicial como profesional universitario, auxiliar de magistrado y juez administrativo, también me desempeñé como docente en La Universidad La Gran Colombia, soy actualmente el coordinador del área de derecho comercial y también me desempeñé como docente en La Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, soy asesor jurídico de algunas alcaldías de municipios cercanos a Bogotá.</p> <p>Entrevistador: muy bien doctor R.</p>	Presentación

Entrevistador: hoy estamos enfrentados a dos corrientes que se denomina el nuevo derecho y viejo derecho, ¿Qué entiende usted por cada una de ellas?

Entrevistado: eee sí, creo entenderlas doctor Camargo, en el sentido que el viejo derecho es aquella postura, muchos la vimos como un icono de la enseñanza del derecho liderada por Hans Kelsen por el derecho positivo o sea derecho es igual a norma jurídica y la nueva corriente bueno ya venía, la veíamos como derecho natural anterior mente, pero ha tomado fuerza con tratadistas como Dorwin, Atienza, Ferrajoli, Alexy y pretende señalar que el derecho no solamente debe de identificarse como la norma jurídica si no como una serie de reglas, directrices y principios.

Información

Entrevistador: muchas gracias frente a esa explicación y contextualización de lo que es el viejo y el nuevo derecho ¿podemos decir que el viejo derecho es una es una hermenéutica textualista de reglas y normas?

Entrevistado: si lo considera así

Entrevistador: en el mismo sentido pero frente al nuevo derecho ¿podemos afirmar que es la hermenéutica de ponderación de principios?

Entrevistado: si lo considera también eee... así el nuevo derecho.

Entrevistador: con lo que hemos venido ya mencionando podemos tener una caracteriza del nuevo derecho?

Entrevistado: una caracterización o sea una identificación como hemos enunciado una ponderación de principios, una ponderación de reglas, una ponderación de directrices no solamente basados en la norma jurídica.

Entrevistador: eee, doctor R., considera usted que el nuevo derecho, una perspectiva de cambio o simple enfoque en proceso de formación?

Entrevistado: considero que se encuentra en proceso de formación, puesto que nosotros estábamos casado con una tradición con netamente ius positivista y básicamente desde la constitución del 91, hemos ido evolución y seguimos evolución hacia un nuevo derecho

Entrevistador: considera usted que con la aparición o con la nueva constitución del 91, es como una manera de ser que se situó en el espacio, en el tiempo el nuevo derecho o antes de la constitución del 91 usted ya percibía actuaciones en el ejercicio personal de los jueces frente al nuevo derecho? ¿Puede usted situar en el tiempo la aparición del nuevo derecho en Colombia?

Entrevistado: antes de la constitución del 91, era precario la aceptación del nuevo derecho en nuestro sistema jurídico básicamente ha sido con los pronunciamientos de la corte constitucional que fue tomando arraigo en nuestra tradición jurídica el nuevo derecho

Entrevistador: usted recuerda alguna situación en donde se halla aplicado el nuevo derecho en su rol como abogado litigante?

Entrevistado: si, han sido en varias situaciones, pues para mí el nuevo derecho lo comenzamos a ver en sentencias hito de la corte constitucional cuando ella empieza a señalar cuando hay un sistema supra legal en virtud de interpretar la constitución en pronunciamientos como los que poco a poco permitieron la tutela contra sentencias judiciales, pronunciamientos como el de la eutanasia, poco a poco nos fueron demostrando que hay situaciones que no necesitan estar legisladas para empezar parte de nuestro sistema jurídico.

Entrevistador: frente a la misma pregunta ¿Recuerda en su ejercicio profesional algún hito importante, autor o enfoque teórico que interprete el nuevo y el viejo derecho?

Entrevistado: A ver..., del nuevo derecho en nuestro sistema o en nuestra tradición jurídica pues Diego López medina es importantísimo y por ejemplo en su libro la teoría impura del derecho, como deciden los jueces son trascendentes y a nivel internacional Ferrajoli, Dorwin, Atienza y así parezca algo paradójico Hart.

Entrevistador: le interesa a usted la teoría del nuevo Derecho?

Entrevistado: bastante, bastante

Entrevistador: Bueno, ahora adentrándonos en un bloque de preguntas diferente vamos a empezar con esta:

Entrevistador: ¿Cree usted que la postura del nuevo derecho, puede contribuir a la mejora, de las condiciones de comunicaciones entre el Derecho y la sociedad?

**Campo de
Representación**

Entrevistado: me parece que la idea es esa toda vez que el derecho legislador responde de forma lenta a los requerimientos y la dinámica social entre tanto el nuevo derecho responde una forma casi que inmediata los requerimientos sociales tenemos ejemplos hoy por hoy los podemos compartir como son los matrimonios entre parejas del mismo sexo, la adopción de parejas del mismo sexo, hemos encontrado que el derecho está respondiendo a ciertas situaciones sociales que de pronto puedes ser que no se compartan pero es una realidad y necesita que allá un pronunciamiento o un criterio sobre el particular

Entrevistador: el avance ya de nuestra entrevista podemos decir entonces que el nuevo

derecho y el neo constitucionalismo es la misma cosa?

Entrevistado: tienen puntos en común por que el neo constitucionalismo busca unos engrandecimientos de los derechos que deben protegerse en un sistema jurídico entonces si vemos que si tiene cierta identidad, puede haber un margen de diferenciación pero están relacionados

Entrevistador: por ejemplo en el neo constitucionalismo hay algunas características como son amplia los catálogos de derechos fundamentales y que el juez debe de tener un nuevo rol judicial se liga ese nuevo rol judicial del juez y de los catálogos de los derechos fundamentales entre el neo constitucionalismo y el nuevo derecho?

Entrevistado: si doctor en ese aspecto hemos encontrado que incluso el juez constitucional ha llegado a catalogar como derechos fundamentales algunos derechos que nuestra constitución no señala y que el legislador quizás no se había pronunciado, por vía de interpretación de nuestra carta constitucional de interpretación, ha llegado a consagrada derechos fundamentales que expresamente no están en nuestro texto superior.

Entrevistador: volvamos otra vez por su experiencia como abogado litigante ¿cómo debe ser el rol del juez en el nuevo derecho?

Entrevistado: bueno el juez primero tiene que estar en un contexto de interpretar sistemáticamente todo nuestro bloque de constitucionalidad, nuestra constitución y ser ante todo garantista de los derechos fundamentales, el juez exegeta ha quedado un poco relegado

Entrevistador: frente a esa misma respuesta que usted acaba de explicarnos entonces ese juez debe estar muy ceñido al respecto por la dignidad humana; o no aplicar la norma

injusta y respeto por los derechos humanos?

Entrevistado: ante todo si por algo la corte constitucional aaa establecido como un hito en nuestro sistema jurídico la excepción de inconstitucionalidad, si el juez encuentra que una norma jurídica puede llegar a trasgredir preceptos constitucionales y derechos fundamentales puedo incluso desconocerla en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, entonces estamos viendo que el juez exegeta esta quedado relegado y en el olvido

Entrevistador: muy bien en su ejercicio profesional ha encontrado que el nuevo derecho y el neo constitucionalismo se han expandido a otras ramas del derecho conoce usted alguna situación?

Entrevistado: hui claro doctor, en el derecho administrativo y en el derecho comercial la misma dinámica de estas dos áreas del derecho no permite que estén supeditas al derecho legislado tiene que buscarse eee reglas, principios y directrices basados en la dinámica social para incluso resolver casos difíciles.

Entrevistador. Ahh...le parece que se está apuntalando desde la universidad la conformación del Estado Social de derecho en Colombia?

Entrevistado. Punto importante, pero creo que ésta es una primera investigación al respecto. Sería bueno saber los resultados de la misma.

Entrevistador: Ahora bien ¿El juez puede crear derecho?

Actitud

Entrevistado: hoy por hoy si, ósea la figura de juez simplemente interprete de las normas ambiguas, oscuras aquedado superar hoy por hoy con nuestra corte constitucional estamos

viendo una función prácticamente colegislador de nuestros jueces.

Entrevistador: ¿El juez debe apartarse de la norma injusta?

Entrevistado: eee si me parece que si

Entrevistador: ¿El juez está obligado a fallar basado en principios constitucionales?

Entrevistado: dentro de este orden de ideas, si es más por algo se han desarrollado instituciones por ejemplo en materia contenciosa administrativa de la unificación de jurisprudencia y la corte constitucional incluso a colegislador cuando señala que declara constitucionalmente y condicionalmente el artículo 102 de la ley 1437, en el entendido que las sentencias de unificación de la corte constitucional tiene una fuerza vinculante no solamente para los jueces si no para todas las autoridades administrativas entonces estamos viendo como la corte constitucional empieza a desarrollar o darla un alcance a sus propias reglas o directrices sentadas atreves de jurisprudencia

Entrevistador: ¿El juez está obligado a aplicar el precedente judicial?

Entrevistado: de conformidad con este principio de unificación de jurisprudencia, si cuando la corte constitucional señala que sus providencias tiene fuerza vinculante ya superamos esa época la ratio decidendi y la obiter dicta que si eran sentencias de tutela, no tenía la misma fuerza vinculante que las sentencias de constitucionalidad si no que ya estamos aclarando que las sentencias de la corte constitucional son de obligatorio cumplimiento para autoridades administrativas y judiciales ya están poniendo en un marco a los jueces de sometimiento del precedente de las altas cortes.

Entrevistador: ¿la jurisprudencia Constitucional, conforme al artículo 230 de la

constitución es una fuente principal o primaria es una fuente de derecho?

Entrevistado: pues de acuerdo a estos últimos criterios de la corte constitucional y cuando ella señala que entre las sentencias y la interpretación que la corte constitucional suministre a la constitución y la constitución misma no se puede interponer una hoja de papel ya nos está dando a entender que las sentencias que emita los jueces constitucionales no se deben ver como un mero criterio auxiliar si no como una fuente formal e inmediata del derecho positivo colombiano.

Entrevistador: Que le dice a usted la siguiente frase ¿Los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela?

Entrevistado: que es cierto,

Entrevistado: seguimos con el mismo sistema, rápida los jueces meramente aplican la ley sin crearla

Entrevistado: no, hoy por hoy los jueces están teniendo una facultad colegisladora en nuestro sistema jurídico

Entrevistador: los pronunciamientos de los jueces son importantes únicamente cuando las normas son oscuras y ambiguas

Entrevistado: No solamente, de hecho los pronunciamientos de los jueces son importantes en ausencia de norma, no solamente, cuando existe norma oscura y ambigua si no también cuando hay ausencia de norma.

Entrevistador: Los jueces están atados a la ley

Entrevistado: hoy por hoy no doctor

Entrevistador: doctor muchísimas gracias, esta investigación y los que participamos en la misma como directores de la investigación y los semilleros de investigación le agradecen su presencia y la claridad sobre estos aspectos importantes porque lo que queremos es con esta investigación a nombre de la investigación es establecer si hay un nuevo derecho y si hay un viejo derecho y que entendemos todos en la universidad sobre el tema.

Entrevistado: no a usted doctor Camargo muy amable.

02E Entrevistado: Muy buenos días mi nombre es **L. M.** estudiante de derecho de noveno semestre de la Universidad La Gran Colombia.

Presentación

Entrevistador: Bueno te vamos a realizar unas preguntas de actualidad jurídica entonces iniciamos con esta:

Entrevistador: Existen dos corrientes jurídicas en la actualidad, nuevo derecho y viejo derecho, ¿Qué entiendes por cada una de ellas?

Información

Entrevistado: Bueno ese, se entiende por el viejo derecho como el formalista en cuanto el juez y aquellos administradores de justicia se apegaban a la norma, el nuevo derecho que estamos viviendo actualmente se entiende como la actualidad y el apegamiento del juez y los administradores de justicia del precedente judicial.

Entrevistador: Bueno gracias, la segunda pregunta es, en la identificación del viejo

derecho, ¿podemos decir que es una hermenéutica textualista de reglas y normas?

Entrevistado: Si se puede decir eso, por que como lo dije en la pregunta anterior el el antiguo derecho es un apegamiento de los jueces y los administradores de justicia en cuanto a las normas y es mucho más formalista porque tan solo se permitía lo que se decía taxativamente a la ley

Entrevistador: Entonces de esta manera ¿podemos expresar que el nuevo derecho es hermenéutica de ponderación de principios?

Entrevistado: Mas que ponderación de principios eee se puede decir que para mi concepto el nuevo derecho eee los principios se tienen una importancia más sobresaliente que en el antiguo derecho, no es que pueda ser una ponderación tienen una relevancia más importante.

Entrevistador: Bueno conforme a lo expuesto Para usted ¿Cuál es el contenido que caracteriza al nuevo derecho?

Entrevistado: El nuevo derecho, para mi seria el precedente judicial.

Entrevistador: Considera el nuevo derecho, una perspectiva de cambio o un simple enfoque en proceso de conformación?

Entrevistado: Si se puede tomar como un proceso de eeee conformación el nuevo derecho actualmente en lo que todo se está viendo ya que también eso ayuda implica todo el proceso que estamos viviendo de paz.

Entrevistador: ¿Puede usted situar en el tiempo la aparición del nuevo derecho en

Colombia?

Entrevistado: eeee mmm pienso yo que podía ser desde el año 2000 eeee acá en Colombia para mí personalmente la aparición dl nuevo derecho

Entrevistador: ¿En que situaciones estima la aplicación del nuevo derecho?

Entrevistado: eeeee se aplica en en cuanto el juez o los administradores de justicia van a tomar alguna decisión relevante y ahí se puede tomar esta aplicación.

Entrevistador: ¿Recuerda usted algún hito importante, autor o enfoque teórico que interprete el nuevo y el viejo derecho?

Entrevistado: eeeee pues el viejo derecho eeee se puede ver en la Constitución principalmente y el nuevo derecho se puede tomar como la corte constitucional en cuanto a su sentencia dice que el precedente judicial es obligatorio para los jueces.

Entrevistador: Bueno ¿Le es interesante a usted el nuevo Derecho?

Entrevistado: si es interesante porque en la actualidad el nuevo derecho en cuanto lo que estoy estudiando en mi carrera.

Entrevistador: Primera pregunta, ¿Cree que la postura del nuevo derecho, puede contribuir con la mejora, con la mejora de las condiciones de comunicaciones entre el Derecho y la sociedad?

Entrevistado: Si me parece que si puede ayudar porque el nuevo derecho se está acoplando a la sociedad y no como se hizo anteriormente las normas se, la sociedad se debía acoplar a las normas lo que estamos viviendo en la actualidad es que todas aquellas

**Campo de
Representación**

situaciones de administradores de justicia se eee adecuan a la sociedad.

Entrevistador: Segunda pregunta, ¿hay alguna similitud ente el nuevo derecho y el Neo Constitucionalismo?

Entrevistado: eeee si se presenta alguna similitud y fue la ponderación de principios.

Entrevistador: Bueno ¿Cuál de las siguientes posturas se acerca más al fenómeno Neo Constitucional?

La inclusión de amplios catálogos de derechos fundamentales

La creación de instituciones como tribunales constitucionales o

Un nuevo rol judicial

Entrevistado: La primera opción que fue la inclusión de amplios catálogos de derechos fundamentales

Entrevistador: Bueno ahora la cuarta pregunta, en su opinión para ser juez en el marco del nuevo derecho, ¿Qué se requiere?

Entrevistado: Se requiere de un conocimiento amplio sobre constitucional y se requiere un amplio conocimiento sobre las acciones en cuanto se está tomando eeee la sociedad para lo que se quiere la sociedad adecuar.

Entrevistador: Quinta pregunta ¿la imagen del nuevo derecho es, o se debe estar ceñida al respecto por la dignidad humana; o no aplicar la norma injusta y respeto por los derechos humanos?

Entrevistado: Pienso que eeeese tiene que hacer la nueva imagen del nuevo derecho tiene que estar ceñida por el respeto de los derechos humanos.

Entrevistador: Sexta pregunta ¿Con respecto al nuevo derecho, se aplica no solamente en garantías constitucionales sino también a las áreas del derecho laboral, derecho de familia, derecho civil y derecho penal?

Entrevistado: Si se tiene que tomar eee con respecto al nuevo derecho todas aquellas eee fuentes o ramas del derecho que en cada una de ellas se debe tomar esta nueva aaa amplitud o esta nueva fase del derecho.

Entrevistador: Empezando con esta pregunta ¿El juez puede crear derecho?

Actitud

Entrevistado: Si claro, como lo he venido hablando en cuanto se crea por medio del precedente judicial.

Entrevistador: ¿El juez puede apartarse de la norma injusta?

Entrevistado: Totalmente, el juez debe apartarse de la norma injusta porque como su nombre lo dice es injusta entonces no tendría algún respeto por los derechos de las personas.

Entrevistador: ¿El juez puede fallar basado en principios?

Entrevistado: Si también podría fallar en base de los principios, porque estamos viendo la nueva ola del nuevo derecho.

Entrevistador: ¿El juez está obligado a aplicar el precedente judicial?

Entrevistado: eee en la actualidad si, como lo dijo la Corte Constitucional es obligatorio.

Entrevistador: ¿la jurisprudencia Constitucional, principal o primaria es una fuente de derecho?

Entrevistado: mmmm para mi concepto si es una fuente de derecho

Entrevistador: ¿Los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela?

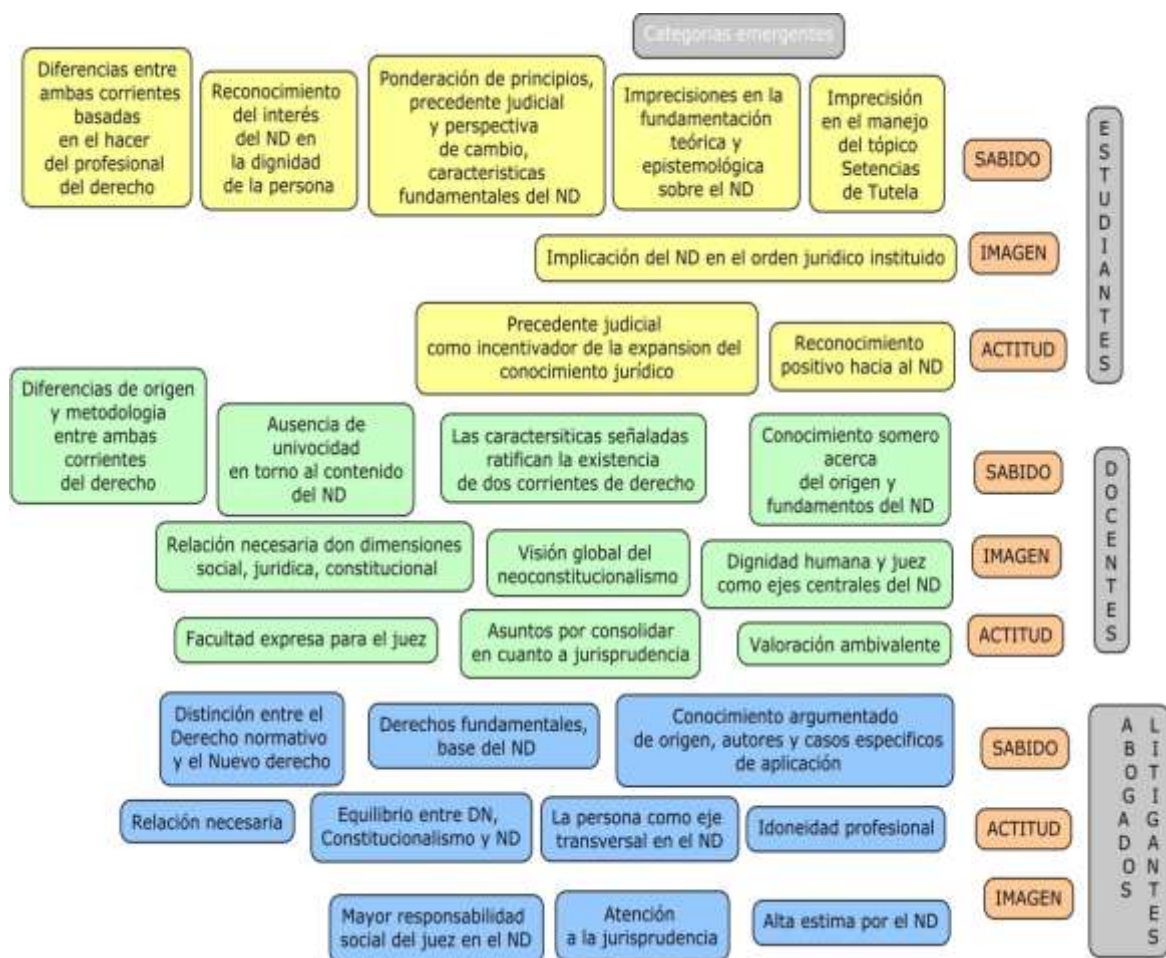
Entrevistado: No no principalmente que los digan en las sentencias de tutela tienen que ser derechos pues hay unos que no se nombran y son igualmente derechos.

Entrevistador: Bueno entonces así finalizamos la entrevista muchas gracias señorita L. M.

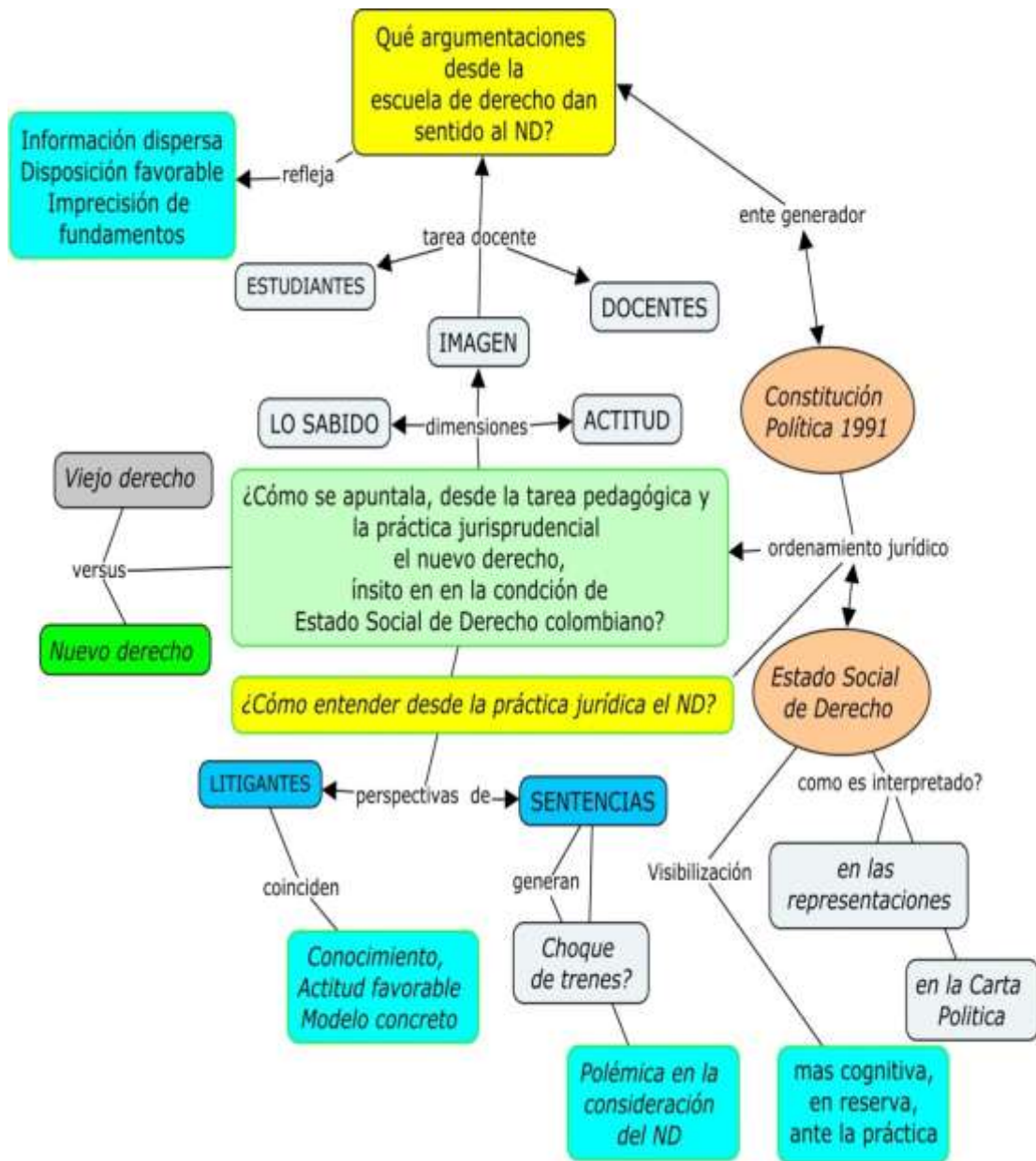
ANEXO

[Anexo C: Gráfica de Codificación Axial, 1 y 2]

Gráfica 1



Gráfica 2



CURRICULUM VITAE DEL INVESTIGADOR. Álvaro Camargo Solano, de nacionalidad venezolano conforme al artículo 32 ordinal tercero de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tanto portador de la cedula de identidad. No V- 9.131.955, estado civil Soltero con Unión Marital de Hecho, con estudios universitarios en la Universidad Libre de Colombia en donde obtuve el título de Doctor en derecho, especializado en derecho Administrativo, magister en Educación –Mención Gerencia educativa de la Universidad pedagógica experimental Libertador Instituto pedagógico Rural Gervasio Rubio (UPEL, 2008), estudiante de doctorado en Educación de la misma institución, Docente Universitarios de las Universidades La Gran Colombia, Universidad Libre de Colombia, La Universidad Católica de Colombia, Universidad central de Colombia, profesor invitado del Instituto de Abogados del Táchira, de la Universidad central de Venezuela, de la Universidad católica de Buenos Aires, Argentina, Universidad Santiago de Chile, conferencista nacional e internacional en temas de derecho laboral, seguridad Social y educación, Secretario de gobierno de la ciudad de Cúcuta, Director del servicio Nacional de empleo e Inspector de Trabajo en áreas de colectivo e individual, negociador nacional de pliegos de peticiones, Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Alcalde Local de la Localidad de La candelaria en la ciudad de Bogotá, Rector de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta, Decano de la Facultad de postgrados de la Universidad La Gran Colombia, actualmente, profesor de postgrados de la Universidad la Gran Colombia, y Director de desarrollo humano de la Universidad la Gran Colombia.