



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Módulo de Aprendizaje Autodirigido sobre **estructuración** **de la sentencia**

Carlos Alberto Cárdenas Sierra
Aura Helena Peñas Felizzola

2020





MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN
DE LA SENTENCIA

CARLOS ALBERTO CÁRDENAS SIERRA
AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA
JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA
RÓBINSON ARÍ CÁRDENAS SIERRA
ALFREDO VARGAS ORTIZ
CAMILA ALEJANDRA ROZO LADINO

Bogotá D.C., 2020



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO CONSEJO SUPERIOR DE LA
JUDICATURA

Presidenta
DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA

Vicepresidenta
GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO

Magistrados
AURELIO ENRIQUE RODRÍGUEZ GUZMÁN
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ

Directora Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"
MARY LUCERO NOVOA MORENO

ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"
MÓDULO DE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

CALLE 11 # 9 A – 24, PISO 2, 3, 4 Y 10
PBX (+57) 355 06 66
escuelajudicial.ramajudicial.gov.co
BOGOTÁ D.C. COLOMBIA



CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	8
RELACIONES DEL MÓDULO CON OTROS MÓDULOS.....	18
JUSTIFICACIÓN	19
MAPA DEL MÓDULO	20
OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO.....	21
OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	21
COMPETENCIAS ESPECÍFICAS DEL MÓDULO.....	22
METODOLOGÍA.....	26
ENFOQUE SISTÉMICO DEL MÓDULO: NÚCLEOS PROBLÉMICOS Y EJES TEMÁTICOS.....	27
UNIDAD 1. UN MODELO EMPÍRICO DE DECISIÓN JUDICIAL (VER)	28
1.1 MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 1.....	29
1.2 TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL	72
1.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN	73
1.4 RECURSOS DIDÁCTICOS.....	73
1.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74
1.6 BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA.....	74



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

UNIDAD 2: TEORÍAS SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL.....78

2.1 MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 2.....	79
2.2 NÚCLEO PROBLÉMICO Y TÉCNICA DE FORMACIÓN JUDICIAL.....	101
2.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN	102
2.4 RECURSOS DIDÁCTICOS.....	102
2.5 RESPUESTAS	103

UNIDAD 3 LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: HACIA UN MODELO DE DECISIÓN RESPONSIVO E INCLUYENTE (ACTUAR)105

3.1 MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 3.....	106
3.2 INTRODUCCIÓN.....	106
3.3 NÚCLEO PROBLÉMICO Y TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL.....	152
3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN.....	152
3.5 RECURSOS DIDÁCTICOS	153
3.6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	154
3.7 BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA.....	155
3.8 RESPUESTAS	156



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

TABLA 1. SIGLAS

ABP	Aprendizaje Basado en Problemas
CSJ	Consejo Superior de la Judicatura
EC	Estudio de Caso
EJRLB	Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TAC	Tecnologías del Aprendizaje y la Comunicación
TEP	Tecnologías para el Empoderamiento y la Participación
SIGCMA	Sistema Integrado de Gestión de la Calidad y Medio Ambiente
MAA	Módulo de Aprendizaje Autodirigido
RIAEJ	Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales



CARLOS ALBERTO CÁRDENAS SIERRA

Doctor en Derecho Cum Laude (y con tesis Cum Laude: "El bien común económico para siglo XXI"), Magíster en Filosofía (tesis: "Fallas Constitucionales de la Gobernabilidad en Colombia"), Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Licenciado en Filosofía: Pensamiento Político y Económico, Especialista en Docencia Universitaria. Investigador Asociado (IA) de Minciencias 2019-2021.

Líder del Grupo de Investigación Raimundo de Peñafort, Categoría A 1 (2019-2021) de Colciencias. Cuenta con 25 años de experiencia docente en pregrados (derecho y filosofía) y postgrados (especialización, maestría y doctorado). Es Tutor y Docente de investigación de la Maestría en Derecho Público (USTA-Konstanz) desde 2006 a la fecha (con 18 tesis dirigidas y aprobadas en esta Maestría) y del Doctorado en Derecho de la USTA desde 2018. Cuenta con 5 libros publicados (en los siguientes temas: derecho público, iusfilosofía, teoría del Derecho, filosofía política, teoría económica, teoría del Estado, justicia transicional), 4 capítulos de libro (teoría del Estado, Derecho Público, Políticas Públicas, derecho económico, historia del Derecho, filosofía política y pedagogía), más de 15 artículos relacionados con las mismas temáticas y más de 10 ponencias en eventos científicos nacionales e internacionales. Su último libro de Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás, se titula: "Aportes de Tomás de Aquino para la Construcción del Bien Común Económico del Siglo XXI". Integrante de Sala de la Conaces del Ministerio de Educación Nacional desde 2020.



AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA

Abogada, Especialista en Derecho Constitucional, Máster y Doctora en Sociología, con conocimientos en diseño y ejecución de políticas públicas (penal, de género y enfoque diferencial). Con experiencia profesional en el desarrollo de proyectos sobre justicia: ExAsesora del despacho del Fiscal General de la Nación, exconsultora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y del Ministerio de Justicia. Autora de publicaciones académicas sobre: derecho penal especial, administración de justicia, discriminaciones y acciones afirmativas. Diez (10) años de experiencia en docencia universitaria en tiempo completo, en los cursos de: Criminología, Sociología Jurídica, Metodología de la Investigación, Teoría Jurídica y Teoría del Estado y de la Constitución. Tres (5) años de experiencia en cargos directivos en universidades, como Decana y Directora/coordinadora de programas académicos e institutos de capacitación. ExBecaria de la Universidad Nacional de Colombia y del Gobierno de Brasil.



PRESENTACIÓN

La elaboración de este Módulo de Aprendizaje Autodirigido (MAA) de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" sobre Estructuración de la Sentencia ha sido un fascinante reto científico y pedagógico. Trata de responder a la ambiciosa tarea de proponer una estructura universal de la sentencia o decisión judicial que sirva como guía para docentes y discentes de la Escuela.

Los contenidos y estrategias pedagógicas fueron contruidos a partir de: a) los lineamientos dados por la Dirección de la Escuela; b) entrevistas y talleres con participación de jueces/zas y magistrados/as auxiliares y titulares, a quienes se les hace un especial reconocimiento por sus valiosos aportes; c) el análisis de un conjunto de "casos de oro", considerados como tales porque aplican un concepto de Derecho incluyente, democrático, que responde a las demandas de justicia contemporáneas; d) la revisión de bibliografía nacional e internacional de teorías jurídicas (formalistas y antiformalistas), corrientes filosóficas clásicas y actuales, y teoría sociológicas de la decisión judicial; y, e) el diálogo con otros módulos de la Escuela Judicial, entre los cuales se encuentran los de Argumentación, Género, Diferencial, Eco-ambiental.

Propone una ruta de aprendizaje, que recoge el horizonte de formación y capacitación planteado en el Modelo Pedagógico 2020 de la Escuela. Guía al Formador y al discente, en tres pasos:

a) El análisis empírico de las cualidades de una sentencia o decisión judicial considerada modelo de excelentes prácticas en el ordenamiento jurídico colombiano (dimensión del **ver la realidad** jurídico-político-económico-social); b) el conocimiento de los elementos integradores de un concepto contemporáneo de Derecho Justo, desde la dogmática, la filosofía y la sociología jurídicas, tanto de la tradición anglosajona como europea (dimensión del **juzgar**, desde la teoría) y; c) la determinación de los elementos que, idealmente, podrían integrar una sentencia o decisión judicial (dimensión del **actuar**, es decir, razón práctica¹). Hace énfasis en la dimensión de la formación integral referida al Ser, la transversalidad de la perspectiva de género y el enfoque ambiental.

¹ La razón práctica, distinto de la razón especulativa, se refiere al mundo de la acción humana en interacción, cuyo dinamismo es el "deber". Allí encontramos, por lo menos cinco (5) órdenes normativos: el Derecho, la política, la moral, la religión y la economía.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA



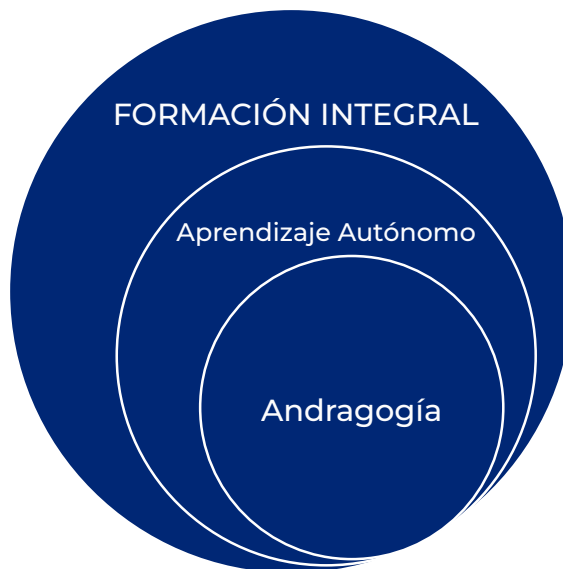
MODELO PEDAGÓGICO





MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

El modelo educativo centrado en el discente reconoce su dignidad de adulto, por ello, partiendo de los lineamientos andragógicos pretende dar los recursos necesarios para el aprendizaje autónomo.



El módulo de Estructuración de la Sentencia responde a la misión, los principios y perfil de egreso propuestos en el Modelo pedagógico 2020, así:

1. El Módulo, mediante un sistema integrado de aprendizaje, incorpora los Modelo Educativo y Pedagógico de la Escuela Judicial. En el ideograma anterior podemos ver que trata de dos aspectos distintos que la tradición filosófica ha distinguido: el Modelo Educativo (círculo azul) se refiere al mundo del fin último educacional propuesto, el cual, en el caso concreto de la Escuela Judicial, es la formación integral de los servidores de la Rama Judicial, jueces y magistrados en sus dimensiones del Ser, el Saber y el Hacer; mientras que el Modelo Pedagógico (rectángulo amarillo inscrito), o mundo de los medios, responde a los recursos pedagógicos y didácticos necesarios para alcanzar el fin propuesto. Buscando coherencia entre los dos modelos, la Escuela Judicial ha optado por un modelo pedagógico basado en el “*construccionismo*” desarrollado por el matemático sudafricano Seymour Papert (1918-2016)² cuya directriz fundamental es “*aprender a aprender*”, base teleológica de la propuesta de Papert. Definida la situación pedagógica del sujeto de la formación como andragógica, la Escuela ha previsto el uso de metodologías activas, las cuales facilitan alcanzar el

² Papert trabajó al lado de Jean Piaget (1896-1980), pedagogo fundador del constructivismo pedagógico. Al mismo tiempo se asocia con los desarrollos sobre inteligencia artificial de Marvin Minsky (1927-2016).

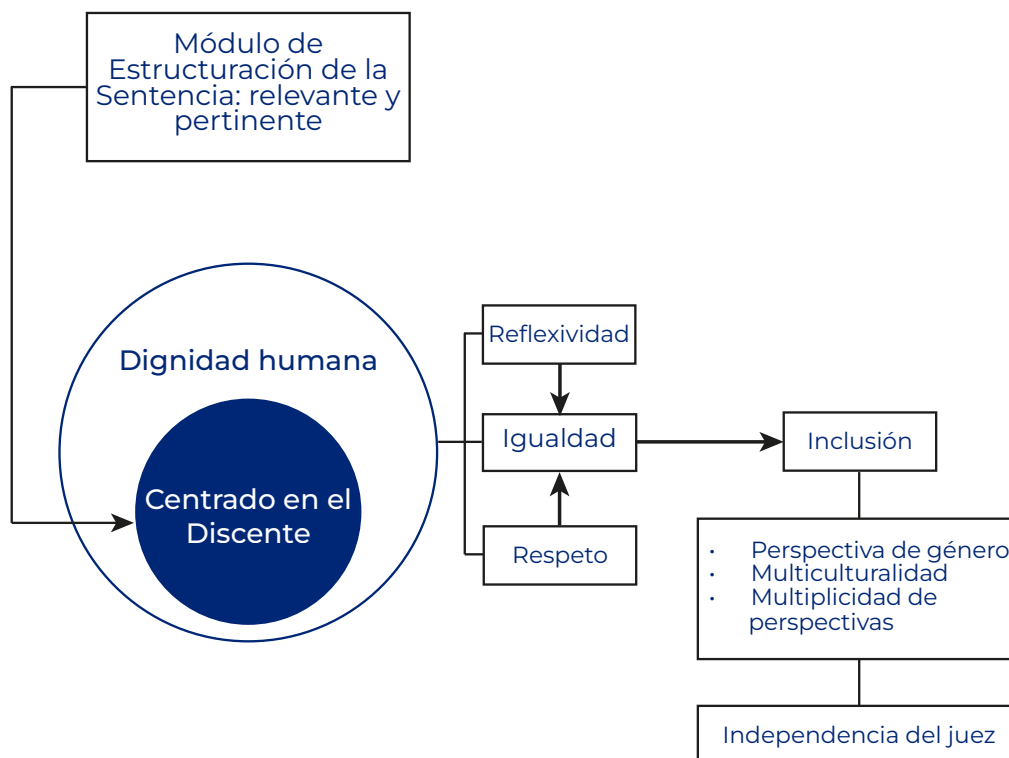


MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

fin educativo, a través del aprendizaje autónomo³ basado en problemas y en competencias deseables, y con la ayuda de las herramientas que brinda el aprendizaje en línea.

2. El Módulo responde a los principios de Dignidad Humana, Respeto, Reflexividad y enfoque en el discente, Igualdad, Inclusión (perspectiva de género, multiculturalidad, multiplicidad de perspectivas); es relevante y pertinente, pues se trata de la mejora continua de labor central de la administración de justicia: construir sus decisiones salvaguardando: a) los principios y reglas del Estado constitucional de derecho, democrático, social, ambiental y multicultural; b) la independencia del juez/za y el cumplimiento de su papel como guardián/a de la democracia.

3. En cuanto al perfil de egreso, el Módulo de estructuración de la sentencia asegura al/la egresado/a de la Escuela la cualificación integral desde las dimensiones del Ser, Saber y Hacer, las cuales se deben reflejar en sus decisiones.



³ La diferencia entre “educare” o llevar adentro, alimentar, también llamado alumno (alumnus = de “alere” que es alimentado) el sujeto que necesita la presencia constante del maestro, es decir un aprendizaje dependiente; y “educere” o sacar desde dentro, hacia fuera, sujeto capaz de aprendizaje autónomo, también llamado estudiante (studens = capaz de aprendizaje independiente).



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

El Módulo de estructuración de la sentencia está organizado según tres ejes temáticos que corresponden a los elementos de la estructura de la sentencia universal: **ver, juzgar y actuar**. Tales elementos se inspiran en la ética clásica, la cual describe los pasos de la virtud de la prudencia. Por esa razón, desde los clásicos, a los/las jueces/zas se les llama, por metonimia, "juris-prudentes".

A estos ejes temáticos corresponden los siguientes núcleos problémicos:

- » El ver, que impacta sobre la dimensión del **Saber**, trata sobre las cualidades o excelentes prácticas de decisión judicial en el entorno jurídico colombiano. Primero, se construye un modelo tridimensional del Derecho que integra (i) la corrección jurídica (dimensión dogmática), (ii) la corrección ética (dimensión axiológica) y (iii) la preocupación por la eficacia de la decisión judicial (dimensión sociológica). En un segundo momento, se hace el análisis empírico de 15 decisiones consideradas modélicas, porque **aplican** y **desarrollan** principios y reglas del Estado constitucional de derecho, democrático, social, ambiental y multicultural; en las jurisdicciones constitucional, penal, civil, laboral, administrativa y especial para la paz. Finalmente, se extrae del análisis jurisprudencial: i) un inventario de los acápites que integran la sentencia o decisión judicial en cada jurisdicción y ii) un cuadro que permite comparar las cualidades que hacen de tales fallos una materialización del ideal de Derecho contemporáneo, para integrarlas posteriormente en una estructura universal de la sentencia.
- » En el juzgar, que involucra las dimensiones del Ser y del Saber se desarrollan "miniaturas" de teorías de la decisión judicial: autores/as, argumentos principales, y en qué radica su aporte a las prácticas sobresalientes de decisión judicial.
- » En el actuar, se propone un modelo universal de sentencia/decisión que se fundamenta en los principios y reglas constitucionales del sistema jurídico nacional, integrando los sistemas de derechos humanos ONU y OEA (con respeto del bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad), promueve el respeto por el precedente vertical y horizontal.
- » Qué es una sentencia, su naturaleza, su origen, su etimología.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

El "*Diccionario de Derecho Usual*"⁴ de Guillermo Cabanellas proporciona elementos que permiten aproximarse a la noción que señala ontológicamente lo que diferencia la **sentencia** como el más solemne de los mandatos de un juez o un tribunal, por oposición a los "**autos**" o "providencias" de impulso procesal. La sentencia funciona como fallo o pronunciamiento decisivo o imperativo.

El significante **sentencia** procede del latín "*sentiendo*"⁵, que equivale a "sintiendo", por expresar la sentencia lo que siente u opina decisoria y definitivamente quien la dicta con autoridad. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su personal opinión fundada en un principio o norma elegido por su valor dentro de un sistema normativo vigente.

La sentencia es el modo normal de extinción de un conflicto en una relación intersubjetiva que colisiona. La sentencia judicial como fallo adquiere el valor de cosa juzgada o punto final o definitivo, en función de la seguridad jurídica reclamada por la sociedad.

Los diccionarios jurídicos presentan diversas formas sentenciales, según las variedades procesales, las intenciones, el alcance, la autoridad decisoria, la firmeza, el petitum, el recurso, etc. Se espera que el modelo de sentencia unificante que proponemos, sin negar el valor de variantes necesarias, invite a superar las divergencias accidentales.

La filosofía del Derecho, en especial las formas propuestas en los siglos XVIII y XIX, da especial importancia al problema de la aplicación del Derecho como criterio que permite definir la motivación central para la *ratio decidendi* en la producción de sentencias. Un filósofo como Nathan Roscoe Pound (1870-1964), Decano emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, máximo maestro de la jurisprudencia sociológica norteamericana. Pound recibió influencias de los grandes juristas ingleses como Bentham u John Austin y de renombrados juristas europeos continentales como Von Ihering, François Gèny, León Duguit. Como representante de la jusfilosofía de un **centro de producción** prestigioso, ha influido en **centros de recepción** latinoamericanos, como en México, Argentina, Colombia, en épocas de búsqueda inspiradora para superar tensiones político-sociales.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. BsAs: Heliasta, 1976.
⁵ CORRIPIO, Fernando. *Diccionario etimológico*. Ed. Bruguera. México. 1973



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

» El Derecho como "ingeniería social"

Pound da centralidad a la función aplicativa del Derecho, que corresponde a jueces o tribunales y que va orientada a la producción de sentencias, instrumento de construcción social, con función de creación jurídica especialmente en la concreción individual de la abstracción normativa, producto de la actividad legislativa. Para Pound el Derecho es una tarea de "ingeniería social"⁶, un instrumento para la construcción y desarrollo social.

En la década de los 80, el sociólogo y jusfilósofo chileno Eduardo Novoa Monreal (1916-2006) asimiló el pensamiento de Pound y de otros influyentes maestros de la producción jurídica europea, preocupados por la "crisis mundial del derecho": Ripert, Capograssi, Ravá, Calamandrei, Carnelutti. En su libro *"El Derecho como obstáculo al cambio social"*⁷, Novoa Monreal, con la intención de examinar hasta qué punto el fijismo de los sistemas normativos posibilita o frena el impulso en la construcción de una sociedad nueva, contrastaba el *ius conditum* o Derecho positivo vigente, aferrado a la estabilidad del statu quo, con un anhelado *ius condendum* o Derecho abierto al futuro para responder a la urgencia de cambio.

» Del "purismo" de Hans Kelsen a una "Teoría Impura del Derecho"⁸.

Se puede decir que la *"Teoría impura del derecho"*, tema de la tesis de grado de Diego E. López M. no es solamente fenómeno de los centros de recepción del Derecho prestigioso. Los juristas como Pound, los de tendencia sociologista europeos, también producen teorías impuras para reaccionar contra el purismo kelseniano, que es apreciado con frecuencia como una trampa político-jurídica para obstaculizar o frenar los cambios sociales. Frente a la teoría reduccionista de Kelsen, atendida solamente al sistema normativo vigente, los operadores jurídicos, al aplicar el Derecho por medio de las sentencias que individualizan el aparato normativo, introducen elementos *obiter dictum* que van desestructurando gradualmente la estabilidad del sistema normativo en función de la readecuación futura de las instituciones.

Kelsen influye mucho en el Derecho latinoamericano y colombiano, necesitados de hacer ciencia jurídica social, dado que los movimientos sociales de los países "subdesarrollados", hoy llamados "economías emergentes", esperan instituciones de "ingeniería social" a partir de formas de cambio pacíficas, lo cual no es compatible con la estabilidad

6 POUND, Roscoe. *Introducción a la filosofía del Derecho*. TEA, Buenos Aires, 1978, pp. 67-68.

7 NOVOA Monreal, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, México, 1977.

8 LÓPEZ, Medina, Diego E. *Teoría Impura del Derecho*, Legis, Bogotá, 2004.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

pétrea de Kelsen. Echando una hojeada a la Teoría Pura del Derecho, el discurso kelseniano comienza por la pregunta de ¿qué es una teoría pura? Y responde con énfasis que es "una teoría general del derecho positivo"⁹ que se limita a conocer exclusivamente su objeto, que no es ni la sociedad, ni la ética, ni la política, ni la moral, sino la "estructura jerárquica del orden jurídico", un "**sistema dinámico de normas**" a partir de una norma fundamental, el cual se presenta en el imaginario de los juristas como una pirámide invertida. En ascenso hasta el vértice, desde la base, las normas inferiores se fundan en una la norma superior y el papel del operador jurídico, convertido en órgano, es individualizar el sistema funcionando como voluntad creadora.

La jusfilosofía enderezada a ensayar propuestas como la de Pound construyen **teorías eclécticas** (no "puras") que facilitan la comprensión interactiva del Derecho y lo social. Los filósofos mencionados anteriormente se pueden integrar en una especie de "colegio invisible" que cultiva el "eclecticismo", como alternativa ante las situaciones sin salida, por falta de variar la perspectiva, como propone el defensor de la filosofía ecléctica Victor Cousin (1792-1867)¹⁰, interlocutor de Hegel.

En Colombia, los maestros del Derecho nacional recibieron las dos influencias, kelseniana y sociológica, como el maestro Arturo Valencia Zea, quien debió pasar de una postura epistemológica a otra en sus dos ediciones de su "*Curso de Derecho Civil*". Los centros de **recepción** jurídica captan qué ofrecen los centros de **producción** y crean sus propias teorías "impuras", marcos flexibles para posibilitar a los juristas el impulso a una necesaria "ingeniería social", facilitando el tránsito entre el ***ius conditum*** (o Derecho vigente) y el ***ius condendum*** (o Derecho para el próximo futuro), que se va insinuando en los *obiter dicta* de la creatividad sentencial de los tribunales y las cortes...

9 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. EUDEBA, Buenos Aires, 1975, p. 15 y ss.

10 Del "eclecticismo" se habló durante mucho tiempo como si fuera equivalente a "sincrético", que es tanto como acumulación de ideas o doctrinas sin coherencia. El "eclecticismo" consiste en escoger cuanto sea compatible con una tesis central, de manera que las distintas doctrinas, así tengan diverso origen, se articulan con rigor. El Diccionario Filosófico de Ferrater Mora oscila entre cierto menosprecio y la aceptación de que posiblemente haya que reconocerlo como método filosófico legítimo. Los juristas, por lo general, han sido eclécticos abiertamente. Sus obras citan sin escrúpulos de distintas fuentes, como enseñó, sin declararlo, en su obra introductoria el colombiano Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Por lo común, los manuales jurídicos latinoamericanos, y más allá, son obras "impuras", es decir, eclécticas. El "eclecticismo" se caracteriza por el respeto al pensamiento ajeno y la tolerancia, como enseñaron Descartes y Leibniz y, en su rumbo, grandes juristas como Von Ihering, Radbruch... Algunos juristas prefieren presentar sus obras como "Derecho comparado".



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Diego Eduardo López se gradúa en Harvard con su "Teoría Impura del Derecho" con fuerte influencia de los filósofos norteamericanos más destacados de la Sociología Jurídica como Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, Ronald Dworkin. Demuestra cómo en Colombia se hace el tránsito del "purismo", pasando por una teoría "pop" mestiza hacia una teocomp que facilita a los operadores jurídicos asumir la marcha del Estado Social de Derecho: así, la actividad sentenciaría en este contexto debe formalizar la estructura de la sentencia de modo que de primacía al cambio social. Tanto Kelsen como Pound conciben la estructura de la sentencia como un corpus complejo, cuyas premisas sustentan la parte decisoria; pero los "puristas" darán mayor peso a la normatividad positiva, mientras los "impuros" destacarán la parte socio-política para la *ratio decidendi*.

» Dinámica ecléctica del sistema jurídico colombiano

Porque nuestro sistema jurídico es históricamente "impuro" (pues el Derecho colonial combinaba filosofía, teología y legislación de Indias), Kelsen sigue vigente entre nuestros doctrinantes y operadores jurídicos, más o menos abiertos a nuevos aportes de distinto origen, en los que son muy importantes las intervenciones de sectores con tendencias jurídicas alternativas. Esta realidad, de peso epistemológico, va imponiendo un ingrediente fuertemente democrático: el de la "justicia dialógica"¹¹, que consiste en considerar el poder judicial como promotor de la deliberación democrática a través de la estructuración de la sentencia cuyo producto se convierte en constructo polifónico que obliga a todos los órganos del Estado, a tener en cuenta los distintos actores sociales, quienes serán sujetos activos en la parte motiva de la "*ratio decidendi*", como conjuces en la producción de la sentencia y veedores de su cumplimiento (Cfr. Habermas¹² Gargarella¹³).

El kelsenismo nacional, que percibe en el Derecho una validez estática (orden estatal) y una dinámica (creación del orden estatal), manifiesto en la producción gradual e incesante del orden jurídico, aceptará la integración de los hechos políticos en el orden jurídico, sobre todo a través de la individualización del contenido de las normas. Antes se identificaba norma general y norma jurídica; pero la teoría "pura" ha abandonado

¹¹ GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica*, BsAs, Siglo XXI, Derecho y Política, 2014, pp. 9-13.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 2009.

¹³ GARGARELLA, Roberto et alii. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

esa identificación. Precisamente el sentido del desarrollo gradual y constante del orden jurídico del Estado consiste en una concretización del contenido de las normas, esto es, en una creación de normas individuales, condicionadas por las normas generales, las cuales deben ser ejecutadas materialmente. La sentencia es una norma individual. La sentencia declara que se ha realizado el supuesto jurídico de la consecuencia coactiva, realización que se ubica en el mundo de los hechos sociales, por su puesto.

» Debilidad de la sentencia

La sentencia puede convertirse en popurrí de razones opuestas, fundadas en falacias que no permiten una exigencia de la naturaleza sentencial: la coherencia de partes, la claridad de petitum, la unidad decisoria, etc. Así, el discurso de la sentencia termina convertido en “lecho de Procusto”, estirando las distintas razones no compatibles hasta alcanzar que finalmente se vuelvan compatibles, mediante formas de “*obiter dicta*” que operan al principio como elementos marginales con gradual autoridad legitimada mediante invocación puramente retórica de la misma.



RELACIONES DEL MÓDULO CON OTROS MÓDULOS

Desde el punto de vista de la ubicación en el Plan de Formación 2020 de la Escuela Judicial, el módulo de estructuración de la sentencia se integra con otros del programa porque:

- 1) Comparten el aspecto programático de construcción del conocimiento en los términos del Modelo educativo de la Escuela Judicial.
- 2) Comparten el subprograma de elaboración de los materiales académicos en función del Modelo pedagógico. Tales módulos son¹⁴: Módulo del Juez Director del Despacho con código QR para lectura online; Módulo de formación autodirigida en valoración probatoria; Módulo de formación sobre derecho penal especial; Módulo de formación sobre la jurisdicción de paz; Sociedades y teoría del negocio jurídico con código QR para lectura online.
- 3) Desde el punto de vista del contenido y en un sentido diacrónico, el presente módulo también tiene relaciones analógicas con los siguientes Módulos: Módulo de Estructura de la Sentencia¹⁵, Módulo de Interpretación Constitucional¹⁶; Módulo de Interpretación Judicial¹⁷; Módulo de Interpretación Jurisprudencial¹⁸; Módulo sobre género en la decisión judicial; Módulo sobre Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso¹⁹.

¹⁴ Módulos mencionados en CONSEJO SUPERIOR-ESCUELA JUDICIAL. Plan de formación de la Rama Judicial 2020. Bogotá: Escuela Judicial, 2020, pp. 70-72.

¹⁵ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Módulo de estructura de la sentencia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2008.

¹⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Módulo de Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2006.

¹⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRIGUEZ VILLABONA, Andrés. Módulo de Interpretación judicial. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2008.

¹⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas de Colombia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2012.

¹⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Módulo de nuevas tendencias en la dirección del proceso. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2005.



JUSTIFICACIÓN

El Módulo es importante dentro del Programa de construcción del conocimiento porque se prepara a los aspirantes a jueces y magistrados de manera propedéutica en la construcción de sus decisiones.

Los aportes del Módulo en la formación de ingreso del discente en las dimensiones del Ser, Saber y Hacer son: 1) reconocer la necesidad de la corrección jurídica y ética de la decisión; 2) identificar los conocimientos, habilidades y enfoques actualizados de las distintas áreas interdisciplinarias y auxiliares del derecho para la formación integral y la calidad funcional y analizar las implicaciones de los cambios, avances normativos y jurisprudenciales para la práctica judicial; 3) demostrar la capacidad de integrar la actualización normativa y jurisprudencial a la resolución de problemas propios de la práctica judicial.

El aporte del Módulo a los propósitos generales de la formación es asegurar que los aspirantes a jueces y magistrados tengan la capacitación necesaria y suficiente sobre la estructura de las decisiones judiciales.

Los principales problemas que resuelve el módulo son:

1. necesidad de estado del arte actualizado;
2. estructuración de la sentencia según los principios pedagógicos de la Escuela (construccionismo);
3. preparación para la virtualización gradual de la formación de la Escuela;
4. identificar excelentes prácticas de decisión judicial
5. definir modelos teóricos en la estructuración de la sentencia;
6. asegurar la integración normativa según del control de constitucionalidad, bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad;
7. identificar las relaciones de interdisciplinariedad necesarias en la estructuración de la sentencia;
8. Integrar el enfoque de género y diversidades étnicas, las posturas de las altas cortes sobre el precedente judicial vertical y horizontal cambios jurídicos recientes como la Justicia Especial para la

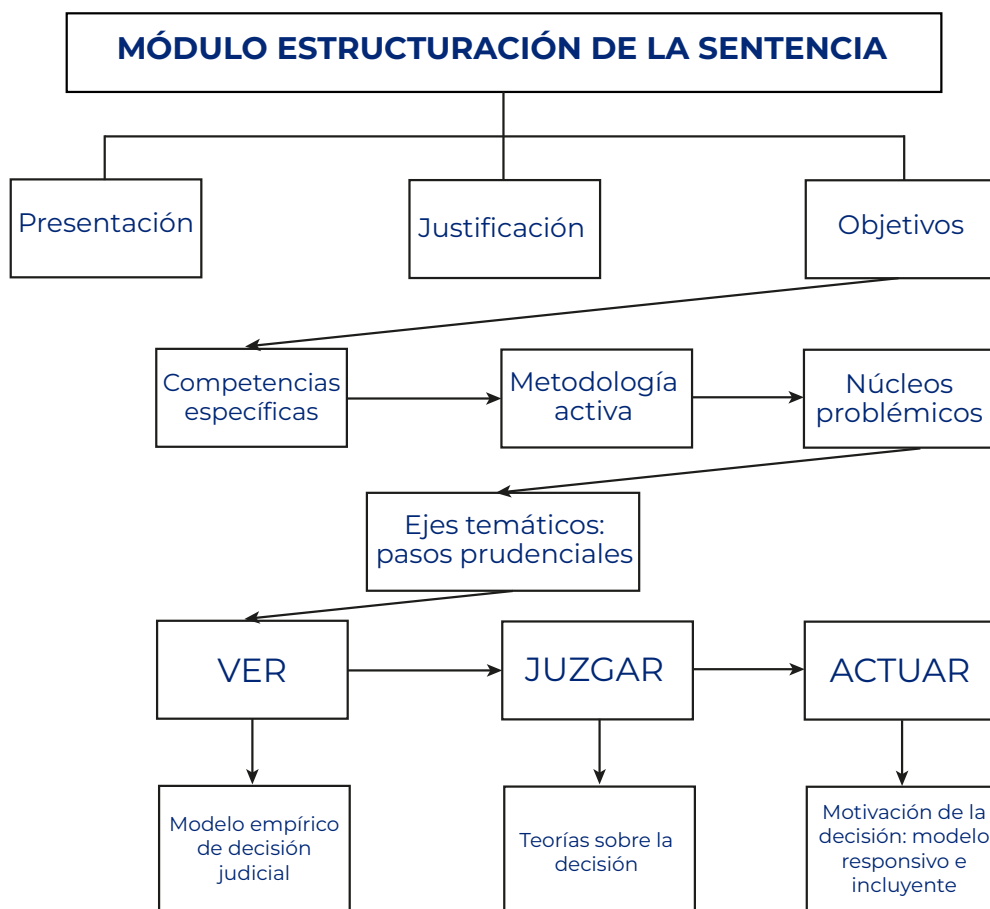


MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Paz, la naturaleza como sujeto de Derechos, el Derecho animal, el pluralismo jurídico, la apertura a los hechos²⁰, lógica de los razonable²¹, bioética, la inteligencia artificial y Derecho, el auge de mediaciones tecnológicas y el Derecho, etc.

Los temas y subtemas planteados para el desarrollo de Módulo pretenden abarcar las más relevantes dimensiones de la estructuración de la sentencia en perspectiva de actualización permanente y basada en la autonomía del discente y su protagonismo en la construcción de su propio conocimiento.

MAPA DEL MÓDULO



²⁰ La apertura de los hechos es un término utilizado por la Teoría del Derecho contemporánea para significar la superación del formalismo que había terminado por considerar que el Derecho era un conjunto de conexiones lógicas ajena a los hechos sociales, políticos y económicos.

²¹ Lógica de lo razonable se refiere a la recuperación de la argumentación, la tópica y la retórica clásicas desde la obra sobre el tema de Chaim Perelman. Esta lógica es distinta de la lógica formal que racionalmente aplica métodos matemáticos al Derecho (es blanco o negro) sin permitirle establecer matices en la decisión como por ejemplo, in dubio pro reo, primacía de la realidad sobre la formalidad, etc.



OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

El presente módulo de autoaprendizaje busca dotar, al aspirante a juez o magistrado, de los conocimientos necesarios, competencias, habilidades y destrezas para la estructuración de la sentencia en desarrollo de las dimensiones del Ser, el Saber y el Hacer propios del modelo pedagógico de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

El discente, aspirante a juez o magistrado, alcanzará con el Módulo de autoformación de estructuración de la sentencia los siguientes objetivos formativos específicos:

- » **Reconocer** la necesidad de la corrección ética de la decisión;
- » **Identificar** los conocimientos, habilidades y enfoques actualizados de las distintas áreas interdisciplinarias y auxiliares del derecho para la más integrativa estructuración de la sentencia en términos de la calidad funcional;
- » **Analizar** las implicaciones de los cambios, avances normativos y jurisprudenciales que condicionan la estructura de la sentencia;
- » **Demostrar** la capacidad de integrar la actualización normativa y jurisprudencial a la resolución de problemas propios en la toma de la decisión en la práctica judicial.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

COMPETENCIAS ESPECÍFICAS DEL MÓDULO

Competencia específica

Capacidad de comprender los elementos esenciales de la estructura universal de la sentencia

Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser

El/la discente estará en capacidad de estimar la necesidad ética de lo esencial en la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber

El/la discente estará en capacidad de identificar los elementos universales de la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer

El/la discente estará en capacidad de reconocer los elementos universales de cualquier estructura particular de la sentencia.

Competencia específica

Capacidad de redactar con la técnica jurídica la decisión judicial

Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser

El/la discente estará en capacidad de valorar la corrección jurídica y ética de la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber

El/la discente estará en capacidad de identificar los elementos estructurantes de la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer

El/la discente estará en capacidad de aplicar las herramientas conceptuales de la estructura de la sentencia.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Competencia específica

Conocer, interpretar y aplicar las normas del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser

El/la discente estará en capacidad de dotar de validez normativa la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber

El/la discente estará en capacidad de interpretar las normas del sistema jurídico nacional e internacional aplicables en la estructura de la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer

El/la discente estará en capacidad de aplicar las normas del sistema jurídico nacional e internacional en la estructura de la sentencia.

Competencia específica

Conocer, interpretar y aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento jurídico

Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser

El/la discente estará en capacidad de valorar los principios generales y del ordenamiento en la estructura de la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber

El/la discente estará en capacidad de interpretar los principios generales del Derecho y del ordenamiento como elementos estructurantes de la decisión judicial.

Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer

El/la discente estará en capacidad de aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento en la estructura de la sentencia.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Competencia específica	
Conocer, interpretar y aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento jurídico	
Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser	El/la discente estará en capacidad de valorar los principios generales y del ordenamiento en la estructura de la decisión judicial.
Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber	El/la discente estará en capacidad de interpretar los principios generales del Derecho y del ordenamiento como elementos estructurantes de la decisión judicial.
Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer	El/la discente estará en capacidad de aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento en la estructura de la sentencia.
Competencia específica	
Comprender adecuadamente el alcance de los fenómenos políticos, sociales, económicos, personales y psicológicos -entre otros-, considerándolos en la interpretación y aplicación del Derecho.	
Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser	El/la discente estará en capacidad de valorar las consecuencias políticas, sociales, económicas, entre otras, de la decisión judicial.
Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber	El/la discente estará en capacidad de comprender los elementos políticos, sociales y económicos que condicionan la decisión judicial .
Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer	El/la discente estará en capacidad de traducir al lenguaje jurídico los elementos políticos, sociales y económicos, entre otros, en la estructura de la sentencia.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Competencia específica		Capacidad de trabajar en equipos especializados e interdisciplinarios.
Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser	El/la discente estará en capacidad de estimar la necesidad de trabajar en equipo con los miembros del Despacho con la posibilidad de integrar aspectos interdisciplinarios asegurando decisiones judiciales más estructuradas.	
Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber	El/la discente estará en capacidad de discernir los argumentos desde la perspectiva disciplinar e interdisciplinar que estructuran la sentencia.	
Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer	El/la discente estará en capacidad de aplicar con alto rendimiento los aspectos disciplinarios e interdisciplinarios que estructuran la sentencia.	
Competencia específica		Capacidad de excepcionar las reglas que resultan injustas en un caso concreto.
Objetivo de desempeño en la dimensión del Ser	El/la discente estará en capacidad de valorar las excepciones normativas con el propósito de dar primacía a la equidad en la estructura de la sentencia.	
Objetivo de desempeño en la dimensión del Saber	El/la discente estará en capacidad de identificar los casos en los que haya que excepcionar la regla normativa para no sacrificar las partes en un caso concreto en la estructura de la sentencia.	
Objetivo de desempeño en la dimensión del Hacer	El/la discente estará en capacidad de aplicar los principios de la equidad en la estructura de la sentencia.	



METODOLOGÍA

El Módulo se centra en los aprendizajes del discente a partir de estrategias didácticas que generan aprendizajes significativos en torno a la estructuración de la sentencia. Para lo cual se ha establecido un banco de los problemas más comunes que el discente puede ir enriqueciendo a medida que avanza en su aprendizaje generando su propio listado de problemas según los núcleos problémicos del ver, el juzgar y el actuar, estructura universal de toda sentencia.

Tales estrategias se diseñan e implementan con el objeto de estimular actividades de autoaprendizaje que promuevan, la consulta, el diálogo, la colaboración y la construcción de conocimientos. Aprendizaje autónomo no significa aislado. Todo lo contrario, se trata de aprendizaje compartido con el autor del módulo como guía, el apoyo de los formadores de la Escuela, la consulta personal en las bases de datos y en la Web, es decir es autonomía relativa en función del auto-aprendizaje.

El módulo de estructuración de la sentencia tiene por lo menos tres posibilidades hermenéuticas: 1) la del autor (intentio auctoris); 2) la de la obra (intentio operis) y 3) la del discente (intentio lectoris). La Escuela ha diseñado el módulo en función de las tres: 1) diálogo discente-autor a través del banco de problemas adaptable y cambiante; 2) diálogo discente-módulo a través de los cuestionarios al final de cada unidad; 3) diálogo discente-propia realidad: preparación para el ingreso, formación permanente, crítica del quehacer, co-construcción del módulo de manera permanente asegurando su actualidad y pertinencia.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

ENFOQUE SISTÉMICO DEL MÓDULO: NÚCLEOS PROBLÉMICOS Y EJES TEMÁTICOS

EJES TEMÁTICOS ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA	NÚCLEOS PROBLÉMICOS ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA
VER (Dimensión Saber)	<ul style="list-style-type: none">● Estructura de la sentencia dependiendo de la jurisdicción● Estructura de la sentencia en el día a día● Impacto de la gestión del Despacho en la estructuración de la sentencia
JUZGAR (Dimensiones del Ser y el Saber)	Sobre la integración de la decisión en el sistema jurídico nacional y en los sistemas de derechos humanos ONU y OEA: precedente vertical y horizontal, bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad.
ACTUAR (Dimensión del Hacer)	<ul style="list-style-type: none">● Estructura universal de la sentencia● Sobre la incorporación del precedente y las nuevas tendencias en la estructuración de la sentencia



UNIDAD 1. UN MODELO EMPÍRICO DE DECISIÓN JUDICIAL (VER)

OBJETIVO GENERAL

Comprender las características del concepto contemporáneo de "derecho justo", con el fin de reconocer excelentes prácticas de decisión judicial en el contexto colombiano y aplicar dichas prácticas en la estructuración de un modelo universal de decisión.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

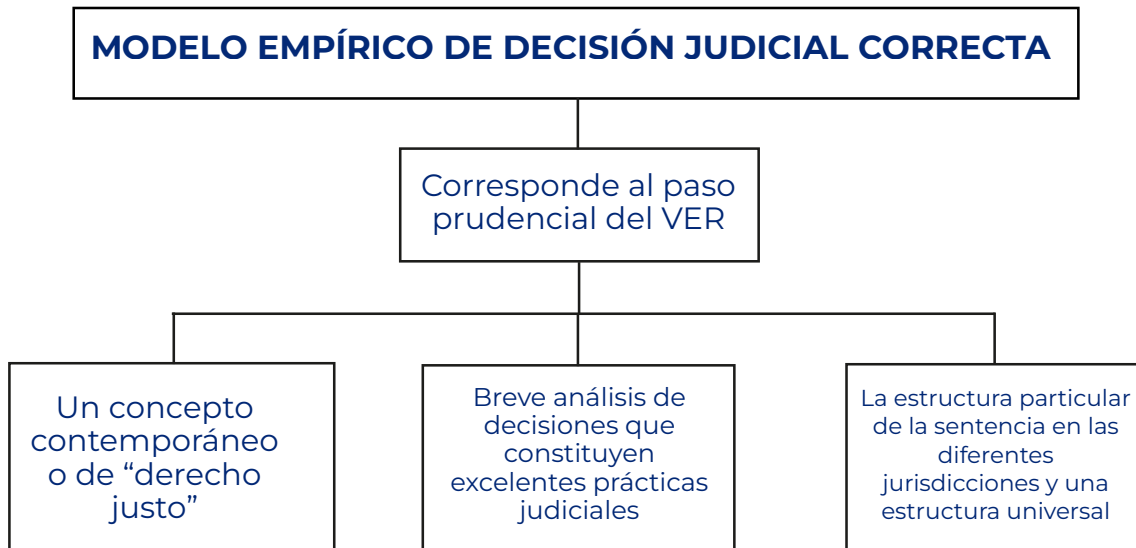
1. Reconocer los elementos de un concepto de "derecho justo", a partir de teorías contemporáneas del derecho y de la justicia.
2. Identificar, en el análisis jurisprudencial de decisiones que son ejemplo de excelentes prácticas judiciales en la estructuración de la sentencia, los diferentes elementos de un concepto de "derecho justo".
3. Estructurar un modelo empírico de decisión judicial correcta, a partir del análisis jurisprudencial y de la práctica judicial en las jurisdicciones constitucional, civil, penal, laboral y administrativa.

COMPETENCIA ESPECÍFICA

El/la discente estará en capacidad de reconocer los elementos universales de la sentencia y estructurarla, de acuerdo con la jurisdicción que ejerce, con respeto de los estándares de justicia, género e interseccionalidades.



1.1 MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 1





MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Un concepto contemporáneo de "derecho justo"

El concepto contemporáneo de derecho está basado, desde la **dimensión normativa filosófica**, del **deber ser**, en las siguientes categorías:

- » La aplicación de las reglas **primarias**, que imponen deberes que prescriben hacer u omitir ciertas cosas, y **secundarias**, o "reglas sobre las reglas", que incluyen: la regla de **reconocimiento** (permite reconocer y distinguir el derecho del no-derecho), las reglas de **adjudicación** (definen competencia y jurisdicción) y las reglas de **cambio** (establecen pautas para la reforma del derecho vigente) (Hart)²².
- » La fundamentación jurídica del caso desde los **principios** constitucionales como jurídicamente vinculantes (Dworkin)²³.
- » La fundamentación jurídica del caso desde las **reglas del Estado constitucional social, democrático, ambiental y multicultural de Derecho** (neoconstitucionalismos).
- » La justicia **distributiva** (Rawls²⁴, Sen²⁵ y Nussbaum²⁶).
- » La **ponderación** de principios y reglas constitucionales que chocan entre sí (Alexy)²⁷.
- » La **corrección jurídica** (formal), **ética** (material) de la decisión, su justicia moral (Alexy)²⁸.
- » La consideración, la valoración de la calidad y la jerarquización de las diferentes respuestas correctas al caso, así como de los argumentos (Alexy)²⁹ que las fundamentan.

Desde la **dimensión sociológica, empírica**, la decisión judicial se basa en:

22 HART, Herbert Lionel Adolphus. *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

23 DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, 2005. Prefacio, pp. 11-13.

24 RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

25 SEN, Amartya. *La idea de justicia*. Bogotá: Taurus, 2010.

26 NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós, 2012.

27 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2 Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

28 ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005.

29 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Op. cit., 2007.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

- » La **responsividad** del mismo derecho (Nonet y Selznick)³⁰, entendida como la capacidad de darle respuesta a las demandas sociales de colectivos y sujetos individuales, sobre todo de aquellos que históricamente habían sido excluidos del derecho de acceso a la justicia.
- » El poder judicial como promotor de la deliberación democrática: **justicia dialógica** (Habermas³¹, Gargarella³²).
- » La corrección **procedimental**, que exige la acción comunicativa dialógica (Habermas³³) entre actores con intereses contrapuestos, en conflicto.
- » Los **materiales jurídicos** disponibles (legislación, decisiones judiciales previas que constituyen precedente, reglamentos y decisiones administrativas, políticas públicas, etc.) y las **preferencias ideológicas** de los/as jueces/zas: de izquierda, de derecha, y los no conscientes de sus posturas políticas o no coherentes con las mismas (Kennedy³⁴).
- » La valoración de los **efectos institucionales** de la decisión judicial (teorías institucionalistas del Derecho).
- » La consideración de los **efectos del fallo** hacia el pasado y hacia el futuro, en la **autopoiesis** del sistema del derecho y sus **interacciones con los otros sistemas**: político, económico y cultural (teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann³⁵).
- » El análisis **económico** del Derecho (Becker³⁶ y Posner³⁷).

Desde este concepto de derecho incluyente y justo, fueron seleccionadas 15 decisiones que constituyen excelentes prácticas de decisión judicial, porque aplican los elementos antes identificados de dicho concepto, como se sintetiza a continuación:

Relación de decisiones judiciales modélicas, en cuanto constituyen excelentes prácticas de decisión judicial

30 NONET, Philippe y SELZNICK, Philip. *Dereito e sociedade: a Transicao ao Sistema Juridico Responsivo*, Rio de Janeiro: REVAN, 2010.

31 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 2009.

32 GARGARELLA, Roberto et alii. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

33 Ib. id.

34 KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre-U. Andes, 2005.

35 LUHMAN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2015.

36 BECKER, Gary. *El Capital Humano*. Madrid: Alianza. 1983.

37 POSNER, Richard. *Análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Jurisdicción constitucional

1. Corte Constitucional. Sentencia de tutela **T-153/98. MP** Eduardo Cifuentes Muñoz

Caso: Estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria (primera declaratoria)

- » Visibiliza las prácticas violatorias de derechos humanos de las personas privadas de la libertad y promueve el reconocimiento de la dignidad humana.
- » Hace un **diagnóstico** base para la formulación de una **política pública** penitenciaria y carcelaria, fundado en **estudios empíricos**:
 - i) Reconstruye la **estadística** de población carcelaria en Colombia y en el mundo, en series históricas; ii) Usa métodos y fuentes de investigación **científica** para llegar a la decisión:
 - La observación (inspección) directa, por parte de magistrados y otros funcionarios del Estado, de los establecimientos penitenciarios y carcelarios.
 - Entrevistas a internos/as.
 - Entrevistas a autoridades carcelarias.
- » Resuelve el conflicto involucrando a todos los actores estatales, así: notifica el estado de cosas inconstitucional a las tres ramas del poder público:
 - Congreso
 - Rama judicial
 - Gobierno: Presidencia, INPEC, Ministerio de Justicia, Min. Hacienda
 - Organismos de control: Procuraduría y Defensoría
 - Autoridades departamentales
 - Autoridades distritales y municipales.

Le da órdenes directas al Presidente: reconstruir la infraestructura carcelaria, separar sindicatos de condenados; separar a miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad en celdas especiales para garantizar su vida e integridad personal³⁸.

³⁸ Aunque ello ocurrió posteriormente, en el proceso de decisión no se convocó a organizaciones de la sociedad civil que inciden en la defensa de la libertad personal.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

2. Jurisdicción constitucional. Corte Constitucional. Auto 092 de 2008. 14 de abril de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Caso: Estado de cosas inconstitucional, mujer y conflicto armado

- » Es un modelo de **justicia dialógica** generado entre el poder judicial, asumiendo la defensa de los derechos de las víctimas y las organizaciones de mujeres que representan a las víctimas, organismos internacionales³⁹ y por otro lado las instituciones del Estado que tienen obligaciones relacionadas con la garantía de derechos de las mujeres y no han atendido con la debida diligencia dichas demandas de justicia. Organizaciones de mujeres le entregaron a la Corte Constitucional una carpeta en la que se describen los hechos de violencia de género ocurridos en el marco del conflicto armado contra 600 mujeres. La Corte realizó en 2008 una audiencia pública para los efectos de propiciar el diálogo entre las víctimas, la sociedad civil y el Estado.
- » Es un modelo de **activismo judicial democrático**, en cuanto el poder judicial movilizó al poder legislativo y especialmente al ejecutivo, propiciando respuestas formales del Estado colombiano a mujeres víctimas del conflicto, cuyas demandas de justicia habían sido ignoradas históricamente por los actores estatales.
- » Es un modelo de **justicia de género**, que reconoce que las mujeres:
a) **sufren diferentes afectaciones** del conflicto armado interno generadas **a causa de su condición de género**; (b) son "**víctimas sobrevivientes** de actos violentos que se ven forzadas a asumir roles familiares, económicos y sociales distintos a los acostumbrados, las mujeres deben sobrellevar cargas materiales y psicológicas de naturaleza extrema y abrupta, que no afectan de igual manera a los hombres". Observa y considera el **contexto machista y discriminatorio** adverso a las mujeres. Las "inequidades e injusticias propias de la **discriminación, la exclusión y la marginalización habituales** que de por sí deben sobrellevar las mujeres del país en

³⁹ Los actores que han denunciado hechos victimizantes, identificadas por la Corte Constitucional, son: "la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre el Racismo, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, UNICEF, y prestigiosas y serias entidades internacionales promotoras de los derechos humanos tales como Amnistía Internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja y Human Rights Watch. Denuncias similares han sido presentadas por diversas organizaciones de derechos humanos nacionales".



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

su inmensa mayoría, con la violencia que les es consustancial en espacios públicos y privados – patrones de género estructurales que se ven potenciados, explotados, capitalizados y degenerados por la confrontación armada”.

- » Es un modelo de justicia con **enfoque diferencial**, que observa las distintas injusticias a las cuales deben enfrentarse las niñas, las jóvenes y las mujeres indígenas, afrocolombianas y marginadas. Así, **toma en serio los derechos** (Dworkin) y las **demandas** de justicia social de las mujeres, partiendo de identificar sus **necesidades específicas de acceso a la justicia** (LaRota, 2013).
- » Es un modelo de **búsqueda de la verdad judicial**, en cuanto una **aproximación científica a los hechos** (Taruffo, 2005; Laudan, 2003).
- » Es un modelo de **justicia restaurativa con enfoque de género**, orientado a la prevención y a la atención de las personas que ya sufrieron una vulneración de sus derechos. La **justicia de género** involucra las categorías de: reconocimiento, redistribución y participación política (Fraser). La Corte aplica un **concepto integral de justicia social con enfoque de género** cuando ordena tomar medidas al Estado colombiano para hacer efectivos: a) el **reconocimiento de las mujeres víctimas** (esto es, la dimensión cultural de la justicia, que se traduce principalmente en la garantía del acceso a la justicia, en instar al Estado a establecer la verdad, hacer justicia, garantizar la reparación y la no repetición de las violencias perpetradas y erradicar la discriminación, la exclusión social, que se deriva de las identidades de género, étnicas, etarias. Constata que “las violencias, inequidades e injusticias [...], son catalizados significativamente por la **invisibilidad del problema**, particularmente a nivel oficial. Esta invisibilidad se traduce en la **inexistencia de una política pública específica** para responder de manera efectiva a las distintas facetas de género del desplazamiento interno, así como al impacto diferencial y agudizado del conflicto armado sobre la mujer”; b) la **redistribución** del ingreso, exigiendo del Gobierno el diseño y la aplicación de acciones afirmativas orientadas a garantizar el derecho a la vida (art. 11, C.P.), los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (art. 12, C.P.) y el derecho a la salud (art. 49 C.P.), a, el acceso a los servicios de salud en general, y a los de sexual y reproductiva en específico; el acceso a la educación, la garantía de los derechos laborales y posibilidades de ejercer actividades productivas, así como de



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

acceder a la tierra, a la seguridad alimentaria, a la vivienda digna. La Corte les advierte a las otras instituciones del Estado involucradas en el cumplimiento del fallo, que "la inexistencia de apropiaciones presupuestales o la no disponibilidad inmediata de presupuesto no será admitida bajo ninguna circunstancia por la Corte Constitucional como justificación válida para el incumplimiento de las órdenes impartidas en la presente providencia". Y, finalmente, c) la **participación**, referida a la dimensión política de la justicia, en cuanto el Auto procura la sanción y la erradicación de la violencia política y social ejercida "contra las mujeres que lideran procesos participativos u organizaciones de mujeres desplazadas". Se documenta, además, la "mayor exposición a la discriminación en su inserción a espacios públicos y políticos, con impacto especial sobre su derecho a la participación". Y, en tercer lugar, se exige a Acción Social, que asegure la "participación obligatoria de las organizaciones de población desplazada y promotoras de derechos humanos que protegen a la mujer desplazada por la violencia".

- » Es un modelo de **comunicación democrática de decisiones judiciales** a la ciudadanía. La sentencia hace uso de un lenguaje sencillo, no de tecnicismos jurídicos. Comienza por hacer una **síntesis** de los **presupuestos fácticos**, los **problemas jurídicos** que surgen y las **medidas** que deben ser adoptadas por las instituciones del Estado con responsabilidades en la **prevención** de los hechos victimizantes y en la **atención** a mujeres víctimas de desplazamiento forzado, así como de otros hechos perpetrados en el marco del conflicto armado en Colombia.
- » La síntesis facilita la **comprensión por toda la ciudadanía** y la **apropiación del conocimiento producido** en la sentencia, así como **visibiliza el contexto** social, jurídico y político en el cual se perpetraron violencias de género en el conflicto armado en Colombia.
- » **Presupuestos fácticos**: "es el impacto desproporcionado, en términos cuantitativos y cualitativos, del conflicto armado interno y del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas". La Corte **realizó en 2008 una audiencia pública** para escuchar los relatos de las víctimas y representantes de víctimas. Los **hechos victimizantes** incluyen "violaciones y abusos sexuales individuales y colectivos, torturas sexuales, mutilaciones sexuales y posteriores homicidios de las víctimas, actos atroces de ferocidad y barbarie de contenido sexual, prostitución forzada, esclavización sexual, desnudez pública forzada, humillación sexual individual



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

y colectiva, sometimiento a violencia sexual como medio para obtener información, o amenazas de violencia sexual, así como el sometimiento de las víctimas a prácticas crueles, inhumanas y degradantes tales como bailes, desfiles, entretenimientos o acompañamientos forzados para complacer a los miembros de los grupos armados, y actos de sevicia cometidos públicamente contra sus cuerpos o cadáveres, a lo largo de todo el país y contra cientos de mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores pertenecientes a la población civil. Algunos de estos crímenes se han cometido en forma aislada, otros con distintos grados de frecuencia, asunto que compete determinar a las autoridades competentes para realizar las investigaciones penales de rigor”.

- » **Presupuesto jurídico:** “el carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen las mujeres desplazadas por mandato de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”. Así, aplica directamente el principio de dignidad humana, para buscar respuestas jurídicas al estado de cosas inconstitucional.
- » Identifica y aplica las **reglas primarias:** los **principios** (Dworkin) y las **reglas constitucionales que reconocen derechos de las víctimas y obligaciones del Estado colombiano** (Hart): arts. 1, 2, 5, 22, 43 de la Constitución.
- » Identifica y aplica las reglas sobre **derechos humanos** incorporadas a la Constitución en virtud del **bloque de constitucionalidad** y del **control de convencionalidad:** (i) la Declaración Universal de Derechos Humanos , (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , (ii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos , (iv) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer , y (v) la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
- » Aplica los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, principio de distinción y principio humanitario. Concluye que “todas las autoridades que integran el Estado colombiano, entre ellas la Corte Constitucional, están en la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

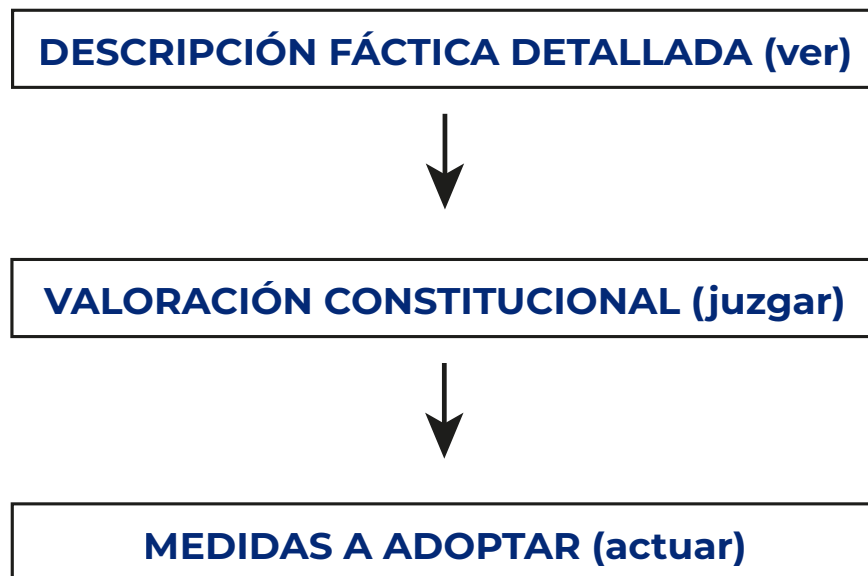
- » **Problemas jurídicos:** (1) la **prevención** del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres, y (2) la **atención** a las mujeres que son víctimas del desplazamiento forzado y la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.
- » **Reconstruye el precedente constitucional aplicable al caso:** la T-025 de 2004, estado de cosas inconstitucional en el campo del desplazamiento forzado; el Auto 218 de 2006, constatación del estado de cosas inconstitucional.
- » **Identifica y aplica a cabalidad las reglas secundarias de adjudicación** (Hart), **sobre competencia**, diferenciando los alcances de la jurisdicción constitucional respecto de la penal: "La Corte Constitucional no es competente para verificar fácticamente ni valorar jurídicamente desde la perspectiva penal la ocurrencia de estos crímenes. Sin embargo, al constatar -en virtud de informaciones reiteradas y consistentes que ha recibido- que se trata de un **fenómeno cuyas dimensiones no se han valorado en su plena extensión hasta el momento**, la Corte comunicará las denuncias de cientos de casos de crímenes sexuales recientes al **Fiscal General de la Nación**, para lo de su competencia, y solicitará a la **Procuraduría General de la Nación** que supervigile el avance de las investigaciones y procesos penales a los que haya lugar". Le pide al Fiscal General de la Nación que rinda ante la Corte, a más tardar seis meses después de notificado el Auto, "un informe detallado sobre cuántos de estos crímenes han sido objeto de **sentencias condenatorias**, resoluciones de **acusación**, resoluciones de **preclusión**, y en cuántos **no se ha identificado a un presunto perpetrador**; igualmente, habrá de informarse sobre las **labores de apoyo y protección a las víctimas** de estos crímenes. En el informe que deberá presentar ante la Sala Segunda de Selección se deberá seguir la **tipología de los delitos sexuales cometidos en el conflicto armado colombiano** que se estableció (...)". Además, ordena hacer comunicaciones al Director de CODHES, con fines de promover el acompañamiento de las víctimas.
- » **Identifica y aplica a cabalidad las reglas de competencia continua** de la Corte Constitucional para verificar la superación del estado de cosas inconstitucional (Decreto 2591 de 1991, art. 27)



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

El Auto 093 organiza con una **lógica jurídica impecable**, los pasos consecutivos necesarios para la toma de la decisión:

- (i) una **descripción fáctica detallada** en términos generales y específicos, tanto de la situación como de la respuesta estatal a la misma,
- (ii) una **valoración constitucional** tanto de la **situación fáctica** como de la **respuesta estatal** a la misma, y
- (iii) una **verificación** de cuáles han de ser las **medidas a adoptar** para responder a los deberes constitucionales e internacionales relevantes en cada caso. Visualicemos:





MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

» Descripción fáctica

La Corte aplica el modelo del juez como científico que busca la verdad sobre los hechos (Taruffo). Luego de hacer un análisis empírico riguroso, que incluye: a) la revisión de una cantidad importante de casos, 600; la ubicación de los municipios y regiones del país en los cuales ocurrieron los hechos; agrupando **casos similares** según los hechos punibles y los posibles **móviles** de los victimarios.

Así, identificó **10 riesgos específicos** para las mujeres, y por esta vía, creó una **tipología** que fue base para la **penalización formal por el legislativo** de diversos delitos de género:

1. El riesgo de **violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual** en el marco del conflicto armado. "La violencia sexual contra la mujer es una práctica **habitual, extendida, sistemática e invisible**".
2. El riesgo de **explotación o esclavización** para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales;
3. El riesgo de **reclutamiento forzado de sus hijos e hijas** por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia;
4. Los riesgos derivados del **contacto o de las relaciones familiares o personales** -voluntarias, accidentales o presuntas- **con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales** que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados a posteriori por los bandos ilegales enemigos;
5. Los **riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones** sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado;
6. El **riesgo de persecución y asesinato** por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional;
7. El riesgo por el **asesinato o desaparición de su proveedor económico** o por la **desintegración de sus grupos familiares** y de sus redes de apoyo material y social;



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

8. El riesgo de ser **despojadas de sus tierras y su patrimonio** con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales;
9. Los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las **mujeres indígenas y afrodescendientes**; y
10. El riesgo por la **pérdida o ausencia de su compañero** o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento.

Valoración constitucional

- » La decisión, posteriormente, hace una importante caracterización de **18 facetas de género del desplazamiento forzado**, que agrupa en dos categorías: "(1) los patrones de violencia y discriminación de género que de por sí **preexisten en la sociedad colombiana** y que se ven intensificados exponencialmente tanto por (a) las condiciones de vida de las mujeres desplazadas, como por (b) el impacto diferencial y agravado de las fallas del sistema oficial de atención a la población desplazada sobre las mujeres, y (2) los **problemas y necesidades específicos de las mujeres desplazadas** como tales, que no son experimentados ni por las mujeres no desplazadas, ni por los hombres desplazados".
- » "En la categoría (1) se cuentan los riesgos acentuados de las mujeres desplazadas de ser víctimas de patrones estructurales de violencia y discriminación de género tales como (i) la violencia y el abuso sexuales, incluida la prostitución forzada, la esclavitud sexual o la trata de personas con fines de explotación sexual; (ii) la violencia intrafamiliar y la violencia comunitaria por motivos de género; (iii) el desconocimiento y vulneración de su derecho a la salud y especialmente de sus derechos sexuales y reproductivos a todo nivel, con particular gravedad en el caso de las niñas y adolescentes pero también de las mujeres gestantes y lactantes; (iv) la asunción del rol de jefatura de hogar femenina sin las condiciones de subsistencia material mínimas requeridas por el principio de dignidad humana, con especiales complicaciones en casos de mujeres con niños pequeños, mujeres con problemas de salud, mujeres con discapacidad o adultas mayores; (v) obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo; (vi) obstáculos agravados en la inserción al sistema económico y en el acceso a oportunidades laborales y



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

productivas; (vii) la explotación doméstica y laboral, incluida la trata de personas con fines de explotación económica; (viii) obstáculos agravados en el acceso a la propiedad de la tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación; (ix) los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas; (x) la violencia contra las mujeres líderes o que adquieren visibilidad pública por sus labores de promoción social, cívica o de los derechos humanos; (xi) la discriminación en su inserción a espacios públicos y políticos, con impacto especial sobre su derecho a la participación; y (xii) el desconocimiento frontal de sus derechos como víctimas del conflicto armado a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. La categoría (2) incluye (xiii) los especiales requerimientos de atención y acompañamiento psicosocial de las mujeres desplazadas, que se han visto gravemente insatisfechos; (xiv) problemas específicos de las mujeres ante el sistema oficial de registro de la población desplazada, así como ante el proceso de caracterización; (xv) problemas de accesibilidad de las mujeres al sistema de atención a la población desplazada; (xvi) una alta frecuencia de funcionarios no capacitados para atender a las mujeres desplazadas, o abiertamente hostiles e insensibles a su situación; (xvii) el enfoque a menudo “familista” del sistema de atención a la población desplazada, que descuida la atención de un altísimo número de mujeres desplazadas que no son cabezas de familia; y (xviii) la reticencia estructural del sistema de atención a otorgar la prórroga de la Atención Humanitaria de Emergencia a las mujeres que llenan las condiciones para recibirla”.

- » Da órdenes directas y de inmediato cumplimiento al Gobierno Nacional, para que desarrolle una **política pública**, específicamente, que “adopte e implemente un **programa para la prevención de los riesgos de género** que causan un impacto desproporcionado del desplazamiento sobre las mujeres, programa que ha de ser **diseñado e iniciar su ejecución** en un término breve en atención a la gravedad del asunto – a saber, **tres meses** a partir de la comunicación de la presente providencia”.

Medidas a adoptar:

“(i) órdenes de creación de trece (13) programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera tal que se contrarresten efectivamente los riesgos de género



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

en el conflicto armado y las facetas de género del desplazamiento forzado, (ii) el establecimiento de dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas, (iii) la adopción de órdenes individuales de protección concreta para seiscientas (600) mujeres desplazadas en el país, y (iv) la comunicación al Fiscal General de la Nación de numerosos relatos de crímenes sexuales cometidos en el marco del conflicto armado interno colombiano”.

- (i) a. El Programa de Prevención del Impacto de Género Desproporcionado del Desplazamiento, mediante la Prevención de los Riesgos Extraordinarios de Género en el marco del Conflicto Armado.
- (ii) b. El Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas.
- (iii) c. El Programa de Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Comunitaria contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas.
- (iv) d. El Programa de Promoción de la Salud de las Mujeres Desplazadas.
- (v) e. El Programa de Apoyo a las Mujeres Desplazadas que son Jefes de Hogar, de Facilitación del Acceso a Oportunidades Laborales y Productivas y de Prevención de la Explotación Doméstica y Laboral de la Mujer Desplazada.
- (vi) f. El Programa de Apoyo Educativo para las Mujeres Desplazadas Mayores de 15 Años.
- (vii) g. El Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas.
- (viii) h. El Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Indígenas Desplazadas
- (ix) i. El Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Afrodescendientes Desplazadas.
- (x) j. El Programa de Promoción de la Participación de la Mujer Desplazada y de Prevención de la Violencia contra las Mujeres Líderes o que adquieren Visibilidad Pública por sus Labores de Promoción Social, Cívica o de los Derechos Humanos.
- (xi) k. El Programa de Garantía de los Derechos de las Mujeres Desplazadas como Víctimas del Conflicto Armado a la Justicia, la Verdad, la Reparación y la No Repetición.
- (xii) El Programa de Acompañamiento Psicosocial para Mujeres Desplazadas.
- (xiii) El Programa de Eliminación de las Barreras de Acceso al Sistema de Protección por las Mujeres Desplazadas.

- » Promovió intervenciones estatales basadas: en a) diagnósticos empíricos, y b) en el respeto por estándares constitucionales. Así, exigió que cada programa debía “cumplir con unos elementos mínimos de racionalidad, semejantes a los elementos mínimos de



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

racionalidad de la política pública de atención al desplazamiento a la cual deben articularse en forma integral". Los elementos de racionalidad que debían tener los 13 programas serían: (i) hacer "indicaciones de los **problemas básicos** mínimos que deben abordar" tales programas, y (ii) definir "criterios constitucionales para orientar el diseño e implementación de los programas hacia la satisfacción efectiva de los derechos mínimos de la población afectada".

- » Es modelo de **diseño de una política pública integral**. Desarrollando los elementos de racionalidad antes mencionados, el Auto exigió que los programas de cobertura a contaran con: un ámbito de cobertura necesario y obligatorio; especificidad del programa; derechos a garantizar mediante el programa y parámetros jurídicos de obligatorio cumplimiento; definición de metas puntuales a corto, mediano y largo plazo; cronograma acelerado de implementación; cobertura material suficiente; presupuesto suficiente y oportunamente disponible; garantías de continuidad hacia el futuro; la adopción e implementación de indicadores de resultado, basados en el criterio del goce efectivo de los derechos fundamentales; el diseño e implementación de mecanismos e instrumentos específicos de coordinación interinstitucional; el desarrollo e implementación de mecanismos de evaluación y seguimiento; el diseño e implementación de instrumentos de corrección oportuna; diseño e implementación de mecanismos internos de respuesta ágil y oportuna a las quejas o solicitudes puntuales de atención presentadas por la población desplazada; diseño e implementación de "mecanismos de divulgación periódica de información para la población desplazada, y específicamente para las mujeres afrodescendientes desplazadas, sobre los procedimientos, las responsabilidades institucionales, y las metas institucionales en el marco de este programa"; armonización con los demás elementos de la política pública e integración formal a la misma, a cargo de Acción Social; apropiación nacional (con una base nacional de los programas) y autonomía; coordinación unitaria y centralizada por el Director de Acción Social; la adopción inmediata por la gravedad del problema y la profundidad de la afectación de los derechos fundamentales involucrados.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

- » Por esta vía, creó **estándares** y un **entorno jurídico** propicios para la creación de importantes iniciativas de ley y políticas públicas:
 - » El Plan de Desarrollo 2010-2014, art. 177, en el cual el gobierno nacional se compromete a adoptar “una política pública nacional de Equidad de Género para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género”.
 - » La Ley 1450 de 2011, que ordenaba la formulación de un plan específico para garantizar los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento.
 - » La Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno”, y
 - » El documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social Conpes No. 3784 de 2013, mediante la cual se dieron lineamientos de política pública para las mujeres víctimas del conflicto armado.

En el Auto 009 de 2015, MP. Luis E. Vargas S., se identificaron nuevos riesgos para las mujeres.

3. Constitucional. Corte Constitucional SU-214/2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Caso: Matrimonio igualitario de parejas del mismo sexo.

Trata de un conflicto entre el derecho y la moral, o de cómo el Derecho (el tribunal de cierre constitucional) trata el concepto de “familia” y el derecho a “formar familia” como un asunto moral, sociológico, que no puede ser definido por la fuerza de la ley ni del precedente judicial, en un Estado constitucional social, democrático y pluralista.

Es un modelo de justicia dialógica: porque convoca a actores con intereses contrapuestos, mutuamente excluyentes:

Aquellos que defendieron el matrimonio igualitario: las organizaciones no gubernamentales, colectivos y defensores de derechos de personas LGBTIQ+, así como defensores de la democracia participativa y pluralista,



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

respetuosa de la diversidad; los/as sujetos con convicciones políticas liberales, creyentes en la existencia y en la necesidad de defensa de la esfera de la libertad personal.

Por el contrario, presentaron sus argumentos a favor del **no reconocimiento jurídico del matrimonio igualitario**: los actores religiosos, políticamente conservadores y tradicionalistas.

"Aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación "inclusio unius est exclusio alterius" (principio de tercero excluido), pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad."⁴⁰

"En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un "coto vedado" para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común".⁴¹

4. Corte Constitucional Sentencia T-080 de 2017. M. P. Jorge Iván Palacio

Caso: Comunidad indígena Carijona (Guaviare) contra el Estado colombiano por las fumigaciones con glifosato

Aplicación del principio de precaución, con respeto por los derechos de comunidades, pueblos y personas indígenas y el medio ambiente.

⁴⁰ Ib. Id.
⁴¹ Ib. Id.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Le prohíbe al Gobierno Nacional y a la Policía Nacional hacer erradicación de cultivos por aspersión, con uso de la sustancia glifosato, con fines de evitar posibles efectos cancerígenos, afectaciones a la seguridad alimentaria, al medio ambiente y contaminación de la tierra, y falta de consulta previa a las comunidades afectadas.

5. Corte Constitucional Sentencia T-622/16. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio

Caso: "Río Atrato". Acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros, contra la Presidencia de la República y otros.

Representa una sentencia emblemática de la defensa del Estado constitucional ambiental de derecho.

Busca garantizar los derechos de generaciones actuales y futuras
Reconstruye el contexto geográfico y destaca la importancia ecológica y ambiental de la cuenca del río Atrato

Cambia el paradigma antropocéntrico del derecho romano germánico, centrado en la protección de las personas, por otro ambiental, que protege tanto a los seres humanos como al medio ambiente, en cuanto sujetos de derecho.

Constitucional desde la Corte Suprema de Justicia

6. Corte Suprema de Justicia-sala civil Acción de tutela - segunda instancia
AHC4806-2017
Habeas corpus
Auto interlocutorio 26/07/2017 a favor del Oso Chucho

Emblemática de la defensa de los derechos de los animales como seres sintientes. Garantiza de manera autónoma los derechos de los animales, independientemente de su valor para los ecosistemas (que se limita a las especies amenazadas), o de su valor como propiedad privada.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Aunque posteriormente la Corte Constitucional, en sentencia SU-016/20, declaró que no es procedente el habeas corpus, se abrió la línea de decisión sobre derecho animal, que es un campo de trabajo con cada vez más fuerza, especialmente en países anglosajones con tradición de common law.

Esta sentencia opera como predictora del cambio jurisprudencial (ver tutela fallada a favor del perro Clifford, que obliga al Fondo Nacional de Estupefacientes a suministrar medicamentos contra la epilepsia).

7. Sala de Casación Civil. Tutela. STC7641-2020. Radicación n.º 11001-22- 03-000-2019-02527-02. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

Caso: Ciudadanos vs Presidente de la República, los Ministros de Defensa e Interior, la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Director General de la Policía, el Comandante General de la Policía Metropolitana de esta ciudad, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación por las actuaciones represivas, violentas y desproporcionadas por parte de miembros del ESMAD contra manifestantes en protestas.

Es una decisión jurídica y éticamente correcta (R. Alexy).

Se basa en una teoría garantista del Derecho y de la Democracia (Ferrajoli).

Respeto los principios constitucionales como normas jurídicamente obligatorias (Dworkin).

Respeto el modelo neoconstitucionalista de Estado social, democrático, ambiental y multicultural, protegiendo los derechos fundamentales a la vida, integridad personal, expresión, reconociendo y condenando el ejercicio de la violencia contra manifestantes en protestas sociales, por actores del Estado.

Protege un derecho social, a la protesta pacífica.

Fortalece el principio democrático, basado, entre otros mecanismos constitucionales, en el sistema de pesos y contrapesos entre las ramas del poder público, en este caso entre el poder ejecutivo y el judicial.

Caracteriza de manera breve y precisa el conflicto jurídico: las víctimas de la violencia policial, y las pruebas de los hechos (Taruffo) que constituyen ataques típicos violatorios del derecho a la protesta social pacífica.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Respetar el modelo de justicia dialógica (Habermas), propio de la justicia constitucional, que da voz a diversos actores/as del conflicto.

Da una respuesta de fondo al conflicto jurídico (estudios críticos del Derecho), ordenando al Gobierno, a la Alcaldía, a la policía y a otras instituciones del Estado, a adoptar mecanismos concretos para garantizar derechos fundamentales, entre los cuales:

- » Reconocer los hechos violatorios de derechos fundamentales.
- » Disculpas públicas frente a las víctimas.
- » Protección de los derechos de la parte jurídica y fácticamente más vulnerable: los ciudadanos víctimas de homicidios, lesiones personales, privaciones de la libertad, amedrentamientos, allanamientos a sus domicilios, entre otras conductas criminalizantes de la protesta social.

8. Penal ordinaria. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Recurso extraordinario de casación. MP. Eugenio Fernández Carlier.

Caso: Feliciano Valencia Medina, líder de la comunidad indígena Nasa del Cauca, contra sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Popayán que lo condenó por el delito de secuestro simple.

El soldado Jairo Danilo Chaparral Santiago cruzó, vestido de civil, por territorios indígenas donde estaba la "Minga", forma organizativa ancestral, y fue retenido por la Guardia Indígena. Los guardias lo acusaron de ser un "infiltrado" de grupos ilegales o del Ejército, y lo tuvieron encerrado durante 2 días, en una jaula metálica. La Asamblea de Autoridades Indígenas, liderada por Feliciano Valencia, condenó al soldado al castigo de 9 latigazos.

- » Respeto por el modelo de Estado de Derecho multicultural y pluriétnico.
- » Reconstrucción sucinta y clara de los hechos relevantes jurídicamente, tanto desde la óptica de la sociedad mayoritaria ("jurisdicción ordinaria"), como desde el marco de la jurisdicción especial indígena.
- » Conocimiento de los elementos jurídicos relevantes para decidir un conflicto entre jurisdicciones constitucionalmente reconocidas,



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

la especial indígena y la ordinaria: personal, territorial, objetivo, institucional y de congruencia.

» Reconstrucción muy completa del conflicto jurídico:

Los actores: hay en este caso un conflicto entre un sujeto individual indígena, el líder con autoridad sobre el territorio); el sujeto colectivo (la comunidad organizada en la Asamblea de Autoridades Indígenas y en la Minga); el sujeto perteneciente a la sociedad mayoritaria, el soldado; los jueces de la sociedad mayoritaria, Tribunal de Popayán que revocó la sentencia condenatoria y, en su lugar, condenó a Feliciano Valencia.

El bien jurídico: es simultáneamente individual, los derechos de Feliciano Valencia derivados de su autoridad política y judicial como líder indígena, y colectivo, el derecho de la comunidad al respeto por sus tradiciones, territorio y formas de organización política, expresadas en una protesta sobre la Vía Panamericana.

Contexto geográfico: en territorios indígenas, resguardo indígena La María, municipio de Piendamó, Cauca.

Contexto cultural: Minga, protesta masiva sobre la Vía Panamericana.

Contexto jurídico: Incluye el tratamiento del conflicto entre jurisdicciones, y entre materiales jurídicos disponibles.

Conflicto entre jurisdicciones indígena y ordinaria: resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura a favor del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, por lo que se interpretó como una violación de la ley penal (Ley 599) por parte del líder indígena, mas no como una violación del derecho ancestral de las comunidades y sujetos indígenas.

Luego, se dio un conflicto entre dos órganos de la jurisdicción ordinaria, el juzgado 3º penal del circuito y el juzgado 1º penal del circuito especializado con funciones de conocimiento, que declaró, a favor de Feliciano Valencia, la extinción de la acción penal.

Conflicto entre fuentes jurídicas: código penal de la jurisdicción ordinaria vs reglas de castigo de las comunidades ancestrales.

Respeto por el debido proceso en el procedimiento de castigo aprobado por la comunidad indígena. La retención en una jaula, la solicitud de que se identificara (primero lo hizo como supuesto integrante del resguardo



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

indígena Quintana, luego dijo que iba a comprar droga para su familia, luego que era integrante del Ejército y estaba de permiso). Tuvo la posibilidad de ofrecerle disculpas a la comunidad, que fue rechazada por el soldado, la posibilidad de llamar al comandante del batallón y a su familia, y la posterior decisión de someterlo a una limpieza espiritual con fuetazos, son procedimientos jurídicamente válidos en la jurisdicción indígena.

Tiene en cuenta los derechos de las víctimas, y es consciente de que el precedente que está generando (sus efectos sistémicos) debe respetar los derechos, tanto de los sujetos de la sociedad mayoritaria, como de los sujetos individuales y colectivos pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas.

Interpretación pluralista de la conducta de los actores y de las reglas aplicables al caso:

Desde la óptica de derecho de la sociedad mayoritaria, el soldado era una "víctima" de la violación del derecho penal (ley 599 de 2000), por haber sido "secuestrado" (encerrado en una jaula) y "lesionado" (con 9 latigazos). El "victimario" sería el líder indígena.

Desde la óptica de la jurisdicción indígena, el soldado era el "victimario". Haciendo una traducción intercultural (una extrapolación de categorías jurídicas occidentales a una realidad multicultural) la conducta del soldado transgredió los derechos al territorio, a la seguridad personal y los derivados del ejercicio de la jurisdicción indígena, así como derechos políticos de expresión y derechos sociales, especialmente en el contexto de desarrollo de la forma asociativa ancestral, protesta pacífica garantizada por la Constitución Política, denominada "Minga". Aquí, la "víctima" del injusto era el líder indígena Feliciano Valencia, que fue condenado a prisión y estuvo preso un mes en la cárcel San Isidro, de Popayán, antes de ser trasladado al Centro de Rehabilitación o Armonización del resguardo indígena.

Analiza las posibles respuestas al caso, y organiza los argumentos de acuerdo con su calidad (Alexy, Teoría de la argumentación):

1. Confirmar la decisión del Tribunal, que condenó por secuestro simple a Feliciano Valencia, o
2. Apoyar las pretensiones del demandante, Feliciano Valencia: a) declarar la nulidad de la actuación de la jurisdicción ordinaria y proceder a hacer remisión a la jurisdicción especial indígena; b) declarar la invalidez de la sentencia de segunda instancia, del



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Tribunal, que condenó a Feliciano Valencia, y c) que no se tenga al procesado como coautor del delito de secuestro, por atipicidad de la conducta, y casar de oficio la sentencia condenatoria.

Esta es la postura a la cual se adhiere la Sala. Aplica "el principio de solución menos traumática para los objetivos del proceso penal": de dictarse una sentencia absolutoria, no sería necesario analizar los cargos de la demanda de casación ni a anular actuaciones. No sería necesario tampoco fallar acerca del grado de participación en la conducta punible.

Por el contrario, la anulación de las actuaciones: a) llevaría al demandante, Feliciano Valencia, a asumir mayores cargas, derivadas de tener que afrontar otro proceso judicial; desconocería el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (C. Pol./91, arts. 1 y 7. Convenio No 169 OIT sobre Pueblos indígenas y tribales).

La conducta es atípica, pues no puede juzgarse a la luz del Código Penal colombiano como delito de secuestro simple: si bien se retuvo al soldado, no había intención de privarlo de la libertad sino de ejercer un acto derivado del ejercicio de la jurisdicción indígena, que consideró que sus territorios sagrados fueron invadidos. Además, en el contexto político, el gobierno nacional había declarado ante los medios de comunicación que la Minga estaba "infiltrada por la guerrilla", por tal razón las autoridades indígenas consideraron que era su deber mantener el carácter pacífico de la misma, reprimiendo la acción de posibles saboteadores.

"En estas condiciones, se advierte que el Ad quem incurrió en falsos juicios de identidad al mutilar o afectar la eficacia demostrativa de las pruebas que daban cuenta de la realización de la Minga y del juzgamiento (del soldado...) Chaparral Santiago por invadir el territorio indígena, portar elementos belicosos y no dar oportuna justificación de su presencia allí"⁴².

El fallo promueve el recurso a la participación de peritos antropólogos en el proceso, y la consideración seria de sus argumentos por parte de jueces individuales y colegiados:

El Tribunal aprehendió las manifestaciones que en la audiencia de juicio oral hizo el investigador José Herinaldy Gómez Valencia, estudioso de varias culturas aborígenes, entre ellas la Nasa asentada en el Cauca, pero no les otorgó valor suasorio para determinar que la retención del militar

⁴² *Ib. Id.*



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

obedeció a un acto jurisdiccional del pueblo indígena. Ciertamente, el aludido investigador, además de explicar su experiencia como perito antropólogo, docente de la Universidad del Cauca y formador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en temas relacionados jurisdicciones (sic) interculturales, señaló que la vereda La María es denominada "territorio de Paz" como parte del resguardo oficialmente reconocido. Agregó que, cuando los indígenas se congregan para un evento, todas las personas deben respetar el orden y la Guardia es la encargada de la seguridad, constituyendo una ofensa al poner en riesgo tal congregación cuando alguien invade sus territorios. El deponente también aclaró la forma como ese pueblo resuelve sus conflictos: si bien el derecho no está codificado, y permanece en la memoria colectiva producto de la tradición oral.

- » Uso del lenguaje claro y preciso, libre de tecnicismos jurídicos, comprensible para todos/as los/as ciudadanos/as.
- » Extensión breve, de 40 páginas

Jurisdicción Especial para la Paz

9. Salas De Justicia. Sala de Reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. Radicado: 20203720012793. Auto No. 02 de 2020. 17 de enero de 2020

Caso 005: Acreditación de víctimas colectivas

El Despacho en movilidad procede a acreditar al Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y a la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca (ACIN) como víctimas colectivas dentro del Caso 005, "Situación Territorial en la región del Norte del Cauca y del Sur del Valle del Cauca".

10. Jurisdicción especial para la paz. Salas de justicia. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. Auto SRVBIT – 079. 12 de noviembre de 2019

Caso No. 02 de 2018: Acredita como víctimas en calidad de sujetos colectivos de derechos al "Katsa Su", gran territorio Awá, y a los treinta y dos (32) cabildos indígenas Awá, asociados y representados en la Unidad Indígena del Pueblo Awá – Asociación De Autoridades Tradicionales Indígenas Awá – UNIPA.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

11. Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de primera instancia para casos de ausencia de. Reconocimiento de verdad y de responsabilidad. Auto AT 058 de 2020. Bogotá D.C., 5 de Mayo de 2020. Expediente: 2020000094. Radicado: 2020000150.

Caso: Mediante la presente decisión, la Sección de Primera Instancia para casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SARV o Sección) del Tribunal para la Paz se pronuncia sobre la solicitud de “ampliación de las medidas cautelares sobre los archivos que reposan en el Centro Nacional de Memoria Histórica (en adelante CNMH)”, presentada el pasado 19 de diciembre de 2019 por el ciudadano IVÁN CEPEDA CASTRO.

12. Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Auto AI-11 de 2019. Cartagena, 20 de noviembre de 2019. Expediente 2019340161400009E. Auto de medidas de protección restaurativas. MP Alejandro Ramelli Arteaga. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Caso: Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado

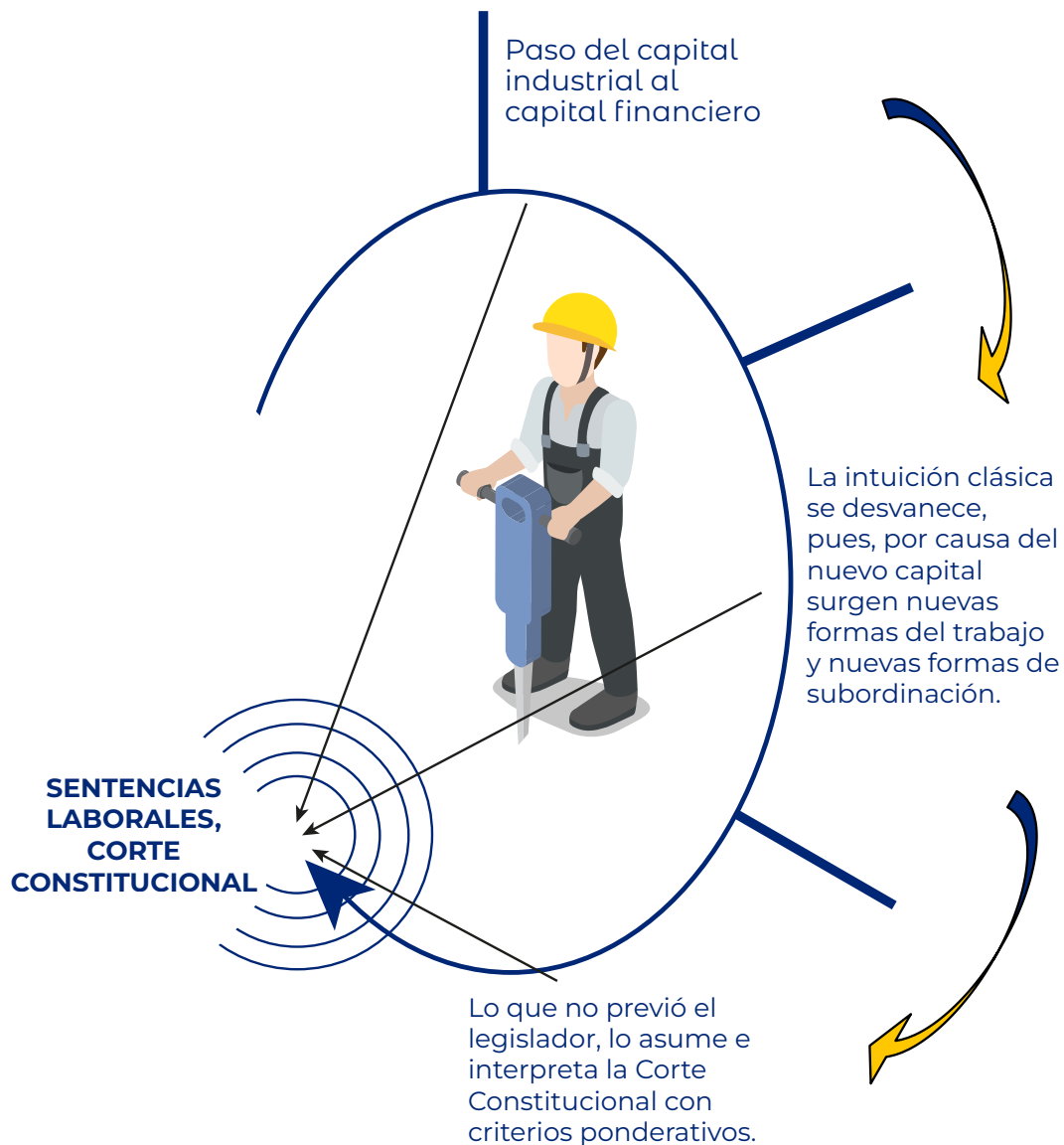
13. Sala de Justicia y Paz Magistrada Ponente: Léster M. González R. Noviembre veinte (20) de Dos mil Catorce (2.014) 31 de octubre de 2014 Sentencia contra Salvatore Mancuso Gómez, José Bernardo Lozada Artuz, Jorge Iván Laverde Zapata, Isaías Montes Hernández, Juan Ramón de las Aguas Ospino, Jimmy Vilorio Velásquez y Lenin Geovanny Palma Bermúdez. Reconstrucción de contextos geográficos históricos, políticos, económicos y sociales de graves violaciones a los derechos humanos perpetradas por los grupos paramilitares.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Taller modelos de análisis empírico aplicado jurisdicción laboral ordinaria

El presente taller tiene por objeto dar a conocer y poner en práctica el análisis empírico en las decisiones escogidas. En este acápite se encontrarán las sentencias 13, 14 y 15. Previstas en la presente Unidad 1. En las siguientes unidades se continúa con el análisis de otras decisiones continuando con la búsqueda de la estructuración universal esperada.





MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Contenido temático del taller de la Unidad 1

Hay que advertir que no es posible adoptar una definición unificada y universal sobre lo que significa la jurisprudencia. No es posible adaptar un concepto unificado al referirnos a esta importante fuente del derecho. Para el presente módulo, modestamente, podría decirse que, en términos generales, la jurisprudencia suele ser definida como un estudio analítico de los fallos y de la doctrina que proveen los jueces por medio de la interpretación que hacen del derecho positivo al aplicarlo a los hechos. Podría decirse, desde una perspectiva crítica, que, adicional a lo anterior, con el estudio de la jurisprudencia se conoce la orientación jurídica, política y económica de un determinado país, su sistema de leyes y el verdadero proceso “vivo” o “muerto” de sus instituciones jurídicas.

La jurisprudencia, en una perspectiva epistemológica, es un proceso del conocimiento compuesto por los fallos de los jueces y por el estudio sistemático al que acuden, apoyados en sistemas de pensamiento como el filosófico, el histórico y el sociológico, sin desconocer que pueden intervenir también aspectos del orden económico y psicológico. Podría decirse que es una composición que busca apoyo en algunos recursos y métodos de las ciencias sociales, especialmente cuando se trata de resolver casos difíciles en situaciones no previstas con antelación al mismo ordenamiento jurídico. El apoyo que recibe especialmente de la filosofía y de la sociología hacen de la jurisprudencia un elemento imprescindible en los estudios de la filosofía y la ciencia del derecho y en este sentido, puede ser considerada como una metaciencia que sirve para el estudio de los métodos y enfoques propios de la ciencia jurídica.

Como proceso y técnica del conocimiento del derecho, tal como se aplica a través de la interpretación que deben hacer los jueces de altas cortes, la jurisprudencia podría ser llamada como enfoque de “ingeniería social”, capaz de superar el paradigma extremadamente dogmático que se justifica en el discurso de la jurídica neutralidad. En este orden, la jurisprudencia se vuelve parte principal de la praxis jurídica y puede transformarse en algo superior a un mero instrumento de ideologías dominantes. En el concreto escenario de la formalidad y, hasta hace unos años, se consideraba que la jurisprudencia no era vinculante y que por lo mismo no obligaba y no pasa de ser un elemento más de interpretación. Hoy, sin embargo, se ha venido aceptando en varios sistemas jurídicos, incluyendo el nuestro, que gracias a ella se moldean y adaptan las instituciones jurídicas, se dan nuevos contenidos a las viejas fórmulas legales, brindando mayores posibilidades de vida en sociedad (inclusión, alteridad, equidad, etc.), más aproximadas a la idea de justicia que, en algunos casos, el legislador concretamente no previó.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

La jurisprudencia, en la práctica, constituye con sus sentencias y doctrinas, una verdadera fuente de derecho, más o menos vinculante, según la jerarquía que le sepa dar el órgano judicial competente, idóneo y, desde luego, los mismos sistemas jurídicos. En la actualidad, la mayoría de los sistemas de derecho atribuyen responsabilidades penales a los jueces que dejan de juzgar bajo el pretexto del "silencio" que les otorga fallar sólo y como taxativamente lo expresa la ley. Precisamente el jurista italiano Francesco Galgano advierte que, de un tiempo para acá, por las mismas exigencias que ha venido imponiendo la globalización, se ha hecho necesaria una dinámica en la que cobra más fuerza la primacía de la "iurisdictio" (sistemas de interpretación jurisprudencial: *Common law*) sobre la "legislatio" (sistemas de interpretación legal – tradicional: *Civil law*), queriendo decir con esto, que vienen surgiendo sistemas de derecho y jueces que se vienen apartando de la interpretación a través de las tradicionales reglas rígidas de la interpretación para moverse a la orilla de los instrumentos flexibles y postulatorios, que dan primacía de lo razonable sobre lo racional. Esto no quiere decir que se dé una completa separación entre los dos grandes sistemas. También se han dado situaciones híbridas que, de acuerdo con el caso, establecen qué será lo más conveniente a fin de fallar en justicia y no afectar aquello que denominamos seguridad jurídica.

No debe olvidarse que esta idea de renovación, transformación y cambio que provee la jurisprudencia, tiene antecedentes antiquísimos que pueden investigarse a través de enfoques diacrónicos en los que se puede indagar el estudio jurisprudencial desde el derecho del pretor en Roma hasta llegar a la jurisprudencia francesa del ochocientos, o el análisis y la decisión de los jurisconsultos musulmanes, consagrados intérpretes del derecho de Mahoma- legislador, por ejemplo, hasta llegar a lo que en muchos países se ha dado en llamar "bloque de constitucionalidad".

La jurisprudencia constitucional contemporánea de varios países, entre ellos España y Colombia, utilizan la expresión técnica: "bloque de constitucionalidad" para referirse al sector normativo mediante el cual ciertas reglas internacionales, como las relacionadas con la protección de los derechos humanos, forman parte material de la Constitución nacional, tienen la misma jerarquía y deben aplicarse de manera directa dentro de la nación. El "bloque de constitucionalidad" es "ius cogens" o derecho internacional obligatorio de naturaleza garantista y cobra un alto grado de protagonismo en la jurisprudencia nacional, especialmente cuando se trata de proteger o salvaguardar todo aquello que vulnere o afecte el núcleo esencial (dignidad) de la vida humana misma. (véase ST. 426 /1992 o ST 629/2009).



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

En ese trasiego histórico, Norberto Bobbio nos cuenta que la vida social, transformada y afectada por los fenómenos de la industrialización, especialmente, obligó a los jueces a buscar modos más expeditos y eficaces para adaptar las leyes a los conflictos de intereses que en concreto se daban en esas sociedades de finales del siglo XIX y buena parte del XX.⁴³ Esta experiencia, según Bobbio, tuvo un impacto trascendental en las decisiones judiciales, la cual se apoyará en datos de orden sociológico, pero también filosófico y axiológico, en franca oposición al rígido estatismo jurisprudencial, lo que va a convertirse en toda una tendencia que hasta hoy tiene una marcada influencia en nuestro territorio, denominada jurisprudencia de intereses. En este sentido, encontramos trabajos de juristas y sociólogos como Eugenio Ehrlich y Otto Khan Freund, con fuerte influencia hasta nuestros días.

En la medida que vamos entrando en el nuevo milenio, vamos viendo que el conjunto de decisiones que profieren los jueces de altas cortes, no siempre se limitan a la aplicación directa de la ley en los casos concretos. A primera vista, es posible detectar que algunos jueces se colocan por encima de la ley, pues sobrepasan los límites establecidos por ella, toda vez que las circunstancias para resolver algunos casos los obligan a fortalecer su creatividad a fin de interpretar y garantizar no sólo la validez (formal), sino también la eficacia (social) y la justificación (justicia) del derecho. Esto, hace pensar que, por causa de las nuevas y complejas formas de vida social originadas por la globalización, el juez debe asumir, más que en el pasado, una diversidad de funciones, lo cual hace que su rol deba transformarse en un auténtico catalizador de la alteridad social, por su puesto, sin descartar su alto compromiso y responsabilidad en el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales en la misma medida en que aumenta la jerarquía normativa por el modo como surgen nuevas espirales de violencia y, con ello, nuevas formas de complejidad social. Con esta idea, en efecto, se cuestiona la restricción o limitación del poder de los diferentes tipos de jueces, pero al mismo tiempo se da paso a la potenciación de las diversas competencias judiciales que además de velar y servir por la aplicación de las normas jurídicas, permiten, lejos de los instrumentos rígidos, la libre interpretación y creación del derecho por medio de la jurisprudencia.

Como dice el jurista italiano, Francesco Galgano: *“ya no podemos concebir al juez como el custodio de determinados valores inmutables, él produce y aplica en la práctica el derecho necesario. La adecuación del derecho a los cambios de la realidad no puede ser ordenada sólo por un instrumento*

⁴³ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, p. 35.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

rígido, como lo es la ley, requiere así mismo un instrumento flexible, como la jurisprudencia, idóneo para evolucionar día a día en sintonía con la evolución de la realidad."⁴⁴ Y esta idea del instrumento flexible (la jurisprudencia), se ha convertido en la materia prima para poder fallar idóneamente en temas laborales. En buena parte del mundo, con el paso del capital industrial al capital financiero, las relaciones del trabajo se tornaron más complejas en su identificación, poco estables y de fácil elusión o evasión tuitiva por parte de las nuevas formas de empresa. Esta situación, ha hecho que en altos tribunales o altas cortes, como la Corte Constitucional Colombiana, en muchas ocasiones, se tenga que fallar con la idea de un amparo que no puede limitarse a la identificación de un contrato de trabajo y su elemento definidor: la subordinación, sino que debe actuar y decidir a partir de un "*más allá*", considerando la idea del trabajo como un concepto más amplio, entendido como una actividad transitiva que a un mismo tiempo es preservación de la dignidad humana y promoción del bienestar social, apoyándose para esto, en la axiología que informa y orienta el derecho del trabajo y que aparece en el artículo 53 de la Constitución Política. Podría decirse que se trata de una construcción de ingeniería social a partir de las sentencias laborales, especialmente las proferidas por la Corte Constitucional.

La relación de trabajo y su eje central, la subordinación, han tenido unas transformaciones que arrancan con la misma esclavitud y la servidumbre, pasando por el arrendamiento de obra o de servicios: "*locatio conductio operis, operarum*", hasta llegar al modelo de contratación tuitivo del mundo moderno cuyo cimiento ha sido el derecho social que reconoce las relaciones desiguales que se dan entre los seres humanos especialmente en materia económica y que opera como un "*derecho desigual para desiguales*"⁴⁵, buscando la realización de una justicia, llamémosla de compensación y ajuste, una justicia en equidad. Este tipo de justicia es la justicia distributiva, también llamada social. Esta última transformación de la relación de trabajo se fue construyendo casi de modo concomitante con el surgimiento y la gran modernización industrial que especialmente toma fuerza en los albores del siglo XX y tiene su mayor representación en el modelo taylorista-fordista de la producción en cadena y en masa.

El modelo taylorista-fordista al que hoy se le denomina capital industrial, vino a operar en casi todo el mundo y su mayor representación se dio a través de las fábricas con sus gigantes correas de transmisión, sus chimeneas

⁴⁴ GALGANO, Francesco *La globalización en el espejo del derecho*, Ed. RUBINZAL - CULZONI, Roma, 2007, p. 127.

⁴⁵ Cfr. CÁRDENAS, Robinson, *Flexibilización laboral y justicia distributiva*, Ed. IBÁÑEZ, Bogotá, D.C., 2017. P.160: "... el derecho afirma una igualdad básica, pero no encubre las desigualdades sociales y económicas"



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

y todo ese aspecto del maquinismo que fue mejorándose y haciendo cada vez más eficiente a través de lo que algunos filósofos del trabajo han denominado "industrialismo científico". Hasta hoy, a pesar de las nuevas formas de producción, todavía podemos admirar esos vertiginosos avances que hacen caduco casi cualquier tipo de producto (especialmente los tecnológicos) en pocos meses o años (lo que se ha dado en llamar obsolescencia programada o diferida). Con modelo de capital industrial el trabajo se tornó en empleo y esto pasó a significar básicamente una cosa: trabajo subordinado por cuenta ajena. En buena parte del mundo esta se volvió la característica principal del empleo y en torno a esa realidad se fueron construyendo las legislaciones y los códigos laborales, teniendo como modelos a imitar, tipologías de regulación laboral como el alemán, el inglés y el francés⁴⁶ que fueron las que, primeramente, impulsaron ese derecho del trabajo que hoy conocemos con sus instituciones y procedimientos.

En el contexto descrito se dio el proceso de formación de la legislación laboral en América Latina y en Colombia, con la consolidación de sus instituciones en un tiempo que abarca casi más de siete décadas. Esa consolidación se fue haciendo a tono con codificaciones mundiales y continentales y, más o menos, ajustándose al mismo criterio fáctico: el trabajador por cuenta ajena que especialmente se inspiraba en el trabajador de las fábricas estacionarias que ampliamente aparecieron en todo el mundo y con parecidos modos de producción calcados del modelo clásico taylorista-fordista. La subordinación se convertía, como lo dice Alain Supiot, en el "*haz de índices*" caracterizado por un conjunto de signos relacionados con el tiempo y el lugar de trabajo, las órdenes impartidas, reglamentos internos, dotaciones, suministro de útiles y materias primas y la remuneración.⁴⁷ La fuente principal estaba representada en la misma codificación laboral y, como en otras áreas del derecho, el ejercicio propio de la interpretación con el consecuente fallo se hacía a través de la subsunción.

Lo anterior, tuvo repercusiones importantes en todo el continente y Colombia no fue ajeno a ello. Sin embargo, bien entrada la década de los 80s. y con la posterior reforma constitucional, las cosas comenzaron a tener un cambio drástico en los modos de producción y en los mercados. Esto es lo que algunos analistas denominan el paso del capital industrial al capital financiero.⁴⁸ No podría precisarse un año exacto del cambio, pero se afirma

⁴⁶ Cfr. SUPIOT, Alain, *Derecho del trabajo*, Ed. Heliasta, Bs. As., 2008, p. 31.

⁴⁷ Op. Cit. Supiot, p. 73.

⁴⁸ IGNASI Brunet, PIZZI, Alejandro y MORAL David, *Sistemas laborales comparados*, Ed Anthopos, Madrid, 2016, p. 31.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

que el origen de esta nueva forma de capital tiene antecedentes en la década de los 70s. con las caídas del petróleo y otros factores económicos y sociales de aquellos años. En este sentido, el mundo de las relaciones laborales comenzó a padecer también de cambios y ajustes haciendo ver que en muchas ocasiones las codificaciones laborales se iban convirtiendo en un "corsé" rígido que no se correspondía con la nueva realidad de la producción, los negocios y los mercados y, lo más importante, las nuevas formas de subordinación. Muy resumidamente podría decirse que el capital financiero consiste en una fórmula que da primacía a la producción más allá del clásico modelo fordista, es decir rompe con el tradicional modelo de producción en cadena y en masa. Este estilo de capital privilegia la rentabilidad y se producen movimientos financieros, especulativos con el propósito de lograr mayores ganancias y producir nuevas formas de riqueza, considerando como obstáculos todas aquellas cosas que atenten contra estos principios. Producir es cuestión de aperturas económicas y de mercados no contenibles ni controlables, a veces ni siquiera por los mismos Estados. Por esta razón, se dice que es el adiós al Estado Bienestar, al capital industrial y a la sociedad salarial que en él se desarrolló.⁴⁹

A tono con lo anterior, en su análisis sobre flexibilización laboral en Colombia, dice Róbinson Cárdenas: *"Ciertamente la estructura de nuestra codificación refleja una estructura del sistema productivo hoy profundamente cambiada: el antiguo modelo fordista, que aún tenía en cuenta al trabajador en masa y en grandes fábricas, ha pasado de moda. Es evidente que códigos tan antiguos deben ser reelaborados teniendo en cuenta las nuevas formas de trabajo y la nueva protección que ellas requieren. La vocación de los códigos fue darle preponderancia a la ley; pero hoy, de acuerdo con el esquema, cobra preponderancia la Constitución, que será la guía para la protección de las nuevas formas de trabajo, a la luz del núcleo jusfundamental y de las exigencias del llamado "bloque de constitucionalidad".*⁵⁰ Y es esto lo que especialmente toma relevancia especialmente en los fallos de la Corte Constitucional a partir de la Constitución Política de 1991.

A partir de la reforma laboral de 1990 (ley 50), aunque con una anterioridad próxima a ese año, vamos viendo una mutación de la relación del trabajo. Esta relación ya no es identificable con los solos elementos clásicos que configuraban la subordinación, al lado de ella aparecen otras modalidades del trabajo que, las más de las veces, ya no se encuentran en el mismo rango de protecciones o amparos que ofrecía el Código Sustantivo del

⁴⁹ Cfr. IGNASI y Otros, p. 31 y ss.

⁵⁰ Op. Cit. CÁRDENAS, p. 241.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Trabajo. Estas nuevas modalidades de trabajo fluctúan entre la formalidad y la informalidad, la precariedad y la alta rotación, durabilidad mínima con grave afectación a la estabilidad que brindaban las formas de empleabilidad de otras épocas⁵¹... Se trata de empleos inestables, cuya protección o es mínima o nula, pues en muchos casos pareciera que la relación de trabajo hubiera vuelto a su escenario originario: las relaciones privadas, en donde lo que prevalece no es la subordinación como elemento de representación de la desigualdad económica misma entre trabajador y empresario, sino la autonomía de la voluntad que supone una "*relación obligatoria*": escenario de relaciones económicas y de conmutación entre sujetos iguales.

Las nuevas disposiciones del empleo, que van apareciendo y cogiendo fuerza con la entrada de los años 90s y durante el milenio, van mostrando una nueva realidad del trabajo con alcances menos garantistas y en detrimento de los intereses de muchos sujetos que, sin otra alternativa para su subsistencia, tienen que acudir a ofertas de empleabilidad precarizada en todas sus modalidades, desde las flexibilizadas hasta las que definitivamente no tienen ningún cubrimiento tuitivo en términos laborales. Estamos hablando, en este caso, de ofertas del trabajo desreguladas. Con todo esto, lo que se va detectando en este escenario es que lo que no previó el legislador, lo tendrán que ir resolviendo las altas cortes, especialmente la Corte Constitucional, teniendo como referente una idea del trabajo que no se detiene en la mera subordinación clásica y que por lo mismo requiere de una interpretación, calificación y consecuente amparo a partir de los principios que se explicitan en el artículo 53 de la Constitución Política.

Así las cosas, ese trabajador, que no es solamente el asalariado clásico, sino que comprende muchas caras en las que prevalecen la inestabilidad, la precariedad y la elusión laboral por parte de muchos empleadores, es el que debe empezar a ser representado a través de las viejas y nuevas formas de la configuración del derecho del trabajo. Fijémonos que algo así ya se deduce del artículo citado cuando en él, al inicio, ya se dice de manera abierta la necesidad de crear un Estatuto del Trabajo que abarque y cobije nuevas y más variadas formas de subordinación con su consecuente protección. De todos modos y, como lo confirma una investigación más o menos reciente de la Universidad Externado de Colombia, citando al jurista laboralista, Francisco Ostau de Lafont, deja muy claro que: "*si bien es cierto*

51 Op. Cit. CÁRDENAS, pgs. 80, 81, 82 y 83.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

que desde la Constitución de 1991 se ordenó la creación del Estatuto del Trabajo, y las condiciones económicas y sociales contemporáneas así lo exigen, éste no se ha desarrollado, siendo insuficientes las normas del Código Laboral en materia de trabajo no independiente.”⁵²

La situación descrita es la que nos convoca a revisar, desde la jurisprudencia constitucional, el modo como surgen criterios de interpretación y resolución de temas laborales que tienen que apoyarse en principios de orden constitucional, bloque de constitucionalidad y, en últimas en aquello que comúnmente llamamos núcleo iusfundamental, que reivindica la primacía de los derechos fundamentales en juego en la relación empleador -trabajador haciendo cada vez más necesaria e imprescindible las operaciones propias de la ponderación. En 2012, escribía el destacado laboralista peruano-español Wilfredo Sanguinetti Raymond: *“En las últimas décadas las estructuras tradicionales del Derecho del Trabajo, articuladas en la mayor parte de países a partir de la necesidad de introducir elementos de equilibrio en el seno de una relación estructuralmente desigual como es la de trabajo, se han visto sometidas a duros y constantes ataques, todos ellos dirigidos a tratar de subordinar su construcción a los requerimientos de la **economía**, interpretados éstos en clave de supresión o aligeramiento de todas aquellas instituciones o mecanismos que traben o dificulten la libre actuación de los sujetos económicos dentro del mercado.”⁵³*

Pero en este mismo período, reconoce Sanguinetti, *“el Derecho del Trabajo ha experimentado, por paradójico que pueda parecer, una notable expansión de sus objetivos protectores. De manera constante,... los últimos años han sido testigos del tránsito, de la tutela exclusiva del trabajador como productor y sujeto de una relación jurídica de dependencia, a una visión más amplia u holística del mismo, que añade a la perspectiva clásica su consideración como titular del conjunto de derechos fundamentales que le corresponden en tanto persona y ciudadano...”⁵⁴*

Explica Sanguinetti que en la base de esta evolución hay que reconocer *“el avance imparable experimentado en las últimas décadas por el paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho como forma política y la consecuente expansión y generalización de la exigencia de respeto de los derechos fundamentales que le es inherente. Su*

⁵² ORJUELA, Laura y Otros, *Protección del derecho del trabajo: jurisprudencia constitucional*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 25.

⁵³ SANGUINETI R., Wilfredo: *“Derecho del Trabajo: nuevos escenarios”*, IJSA, San José, 2012, p. 12.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 13.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

*resultado final ha sido, en todo caso, por decirlo con una expresión que alcanzó fortuna en Italia en los años 70 del siglo pasado, el "ingreso de la Constitución en la fábrica"*⁵⁵. Esto quiere decir que la relación de trabajo, que por los cambios económicos descritos (capital financiero), en apariencia deja al Estado "por fuera" de la vida de la empresa, en cuyo seno el empresario ejerce autoridad indiscutible, está haciendo que el Estado experimente una nueva "forma de estar" e intervenir en la protección de los derechos del trabajo en un clima de exigencias iusfundamentales (vida, integridad física, psíquica, moral, libre desarrollo de la personalidad, libertad ideológica y religiosa o de conciencia, de expresión e información, de intimidad personal y familiar, de reunión y asociación, etc.).

Las normas constitucionales referidas al trabajo, se van tornando en una estructura más de principios ("mandatos de optimización") que de reglas ("mandatos definitivos"). En este orden, el derecho del trabajo no podría considerarse como un conjunto de normas de contenido constante, susceptible de reglamentación previa y, por lo mismo, de permanente subsunción. Las nuevas formas de relación del trabajo no encuadran en esos contornos de regulación fija o estática. Este derecho del trabajo, como lo van mostrando algunas sentencias que a continuación examinaremos, requieren de una modulación y diferenciación especial, puesto que pasan a ser más del entendimiento de lo razonable y no de la racionalidad estricta.

De lo razonable, en el marco de lo oportuno, necesario y posible de acuerdo con el caso concreto. Esto es lo que permitiría afirmar que el derecho del trabajo, como un derecho social-fundamental, no se podría captar siempre como una norma abstracta susceptible de interpretación dentro de reglas silogísticas precisas (subsunción). Las condiciones que ha venido imponiendo el capital financiero a los mercados de trabajo, precisamente nos permiten afirmar que la aplicación inmediata de la norma jurídica laboral se hace difícil dada la indeterminación a la que es llevada por causa del contexto económico actual en donde prevalece el consumo sobre la producción misma.

No puede pasarse por alto que, en un amplio porcentaje, la pauta en la fijación del empleo la determina el consumo y no la producción misma (como ocurría en el anterior modelo: capital industrial), y en ese orden surgen empleabilidades intermitentes, es decir, que entran en el contexto de la formalidad y la posibilidad de una tuición laboral mínima, pero, con el riesgo casi seguro de desvanecerse, por la misma inestabilidad del

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 14.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

consumo que tiende a ser cambiante debido a los gustos y preferencias de muchos productos pensados o proyectados, no para la durabilidad como en el pasado, sino para la "desechabilidad", haciendo que muchos empleados vuelvan a engrosar las filas de la precariedad o, en últimas, a volver a refundirse en el amplio mundo de la informalidad, lo cual y como lo ha dejado ver la pandemia del COVID-19, no significa encontrarse en la mejor situación económica o, como mínimo, de congrua subsistencia.

Sin embargo, el hecho de que el derecho del trabajo no goce de una aplicabilidad inmediata en muchos casos, no quiere decir que lo que aparece en la Constitución Política y en el Código Sustantivo del Trabajo se quede en letra muerta o en simples proposiciones programáticas. Al contrario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional deja ver un amplio espectro de interpretación con fuerte vocación de ingeniería social que busca en sus fallos hacer derivar deberes jurídico-objetivos de los cuales puedan concluirse componentes jurídico-subjetivos, con la posibilidad de hacer justiciables muchas situaciones del diario vivir laboral nuestro. No es, desde luego, una tarea fácil y como vamos a ver a continuación, las decisiones oscilan, como lo provee el trabajo del profesor Róbinson Cárdenas, entre tres ángulos de comprensión y decisión: tripartismo, bipartismo y unipartismo⁵⁶, sujetos a los vaivenes y choques que se dan entre garantismo constitucional y economía del mercado global.

Con base en la propuesta de Cárdenas, los ángulos de decisión: tripartismo, bipartismo y unipartismo, cuentan con una connotación propia, y cada uno cobra fuerza y sentido en los fallos que termina profiriendo la Corte Constitucional. Por tripartismo, entendemos el "caballo de batalla" con el que la OIT esgrime sus argumentos a favor de la promoción y protección política y jurídica del empleo decente en todo el mundo. Ésta ha sido, desde el mismo origen de la institución (1919), la exigencia que mayormente ha tratado de impulsar por todo el mundo por medio de las NITs (Normas Internacionales del Trabajo). El tripartismo trata de una relación dialógica, de reconocimiento de conflicto, negociación, diálogo y acuerdos entre tres grandes actores sociales: Trabajadores, Estado y Empresarios. El Estado, siempre asumiendo una relación equidistante entre trabajadores y empresarios. Ejerciendo funciones de árbitro, juez, amigable componedor, etc. En el ángulo del tripartismo hoy, destacan, no solamente los diálogos o acuerdos, sino, además, el reconocimiento y las protecciones que se exigen globalmente del trabajo en materia de dignidad humana, derechos humanos, derechos sociales, etc. La centralidad del

⁵⁶ Op. Cit, CÁRDENAS, p. 127.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

trabajo decente es el objetivo primordial, entendido como una actividad protagónica e imprescindible del ser humano (núcleo iusfundamnta), del desarrollo humano en las dimensiones social, política y económica.

Desde el punto de vista del bipartismo, cobra fuerza el argumento originado en tiempos de Margaret Thatcher: *"Opting out"*, que en español equivaldría a decir: "Estado fuera". Estado fuera del arbitraje o la conciliación que antes ejercía desde la dimensión tripartita. El sentido del bipartismo se orienta hacia una situación en donde el Estado debe centrar sus compromisos en la apertura de los mercados con las consecuentes estrategias comerciales, empresariales y demás que todo eso acarrea en el mundo globalizado. El asunto de la negociación queda en manos de los empresarios y trabajadores, pero con un agravante para la persona del trabajador: el respaldo sindical se reduce o se desvanece de tal manera que, de entrada, las empresas tienen una posición dominante dentro de los posibles marcos de negociación. En este escenario cobra mayor peso la regulación laboral individual y casi toda se pone en función de las necesidades económicas y de empresa. Aún existe una protección hacia el trabajador, pero ésta resulta muy débil en cuanto al amparo que antes brindaba.

Por último, encontramos el uniparismo. En este ángulo, la situación definitivamente se sale de los contornos protectivos de la legislación laboral y el trabajador es movido, con impulso de las mismas necesidades económicas, coonestadas por la ley, hacia un discreto, pero seguro arrendamiento de servicios. En este escenario, se es trabajador y no se es, pues las formas de vinculación ocultan las reales formas de subordinación. Como dice Cárdenas al referirse a las Cooperativas de Trabajo Asociado (COTAS), en un título muy sugestivo de uno de los capítulos de su obra: en esos contextos el asunto se resuelve así: "...tener trabajo (en términos reales) y no tenerlo (en términos formales)".⁵⁷ En el unipartismo destacan modos de vinculación como las llamadas OPS o las labores de los cooperados en las COTAS. Y en este mismo contexto surgen de modo más dramático situaciones de sujetos explotados a través de malabarismos financieros que evaden a toda costa el reconocimiento de salarios o prestaciones sociales. Esto ya es, prácticamente el mundo de la informalidad que, a veces, se disfraza de "emprenderismo" y e la que se aprovechan muchas empresas a fin de liberarse de costes laborales.

Veamos ahora unos ejemplos de cada ángulo a través de una ficha gráfica de interpretación propuesta por Cárdenas:

57 Op. Cit. CÁRDENAS, p. 122.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

TRIPARTISMO

IDENTIFICACIÓN

Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 1º Marzo de 2000 Magistrado
Ponente: Carlos Gaviria Díaz
Expediente: D-2539

SUJETOS RELEVANTES

Ciudadano (Humberto de Jesús Longas Londoño)

HECHOS RELEVANTES

El demandante en la acción pública de inconstitucionalidad, considera que las normas acusadas "violan los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución, porque menoscaban los derechos de los trabajadores al consagrar que los trabajadores y gestores de las empresas cooperativas de trabajo asociado se rigen por el régimen de trabajo, previsión, seguridad social y compensación, establecido en los estatutos y reglamentos de la cooperativa, en razón del acuerdo cooperativo y no en el estatuto del trabajo".

En suma, "Según el actor como el artículo 6 parágrafo 2 de la ley 454 de 1998 hizo extensivo el carácter de organizaciones solidarias a las empresas asociativas de trabajo reguladas por la ley 10 de 1991, la inexequibilidad de los artículos 59 y 135 de la ley 79/88 debe cubrir también a dichas empresas".

Adicionalmente, "En cuanto a los artículos 154 de la ley 79 de 1988 y los numerales 6 y 7 del artículo 36 de la ley 454 de 1998, el demandante pide que se declaren exequibles en forma condicionada, en cuanto a límites y responsabilidad (...)".

NORMA(S) DEMANDADA(S)

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 59, 135 y 154 de la ley 79 de 1988 y los numerales 6 y 7 del artículo 36 de la ley 454 de 1998.

PROBLEMA DE LA SENTENCIA C-211 DE 2000

- ¿La autorización que se confiere a las cooperativas de trabajo asociado para establecer su propio régimen de trabajo, de seguridad social y de compensación viola la Constitución?
- ¿La no aplicación de las disposiciones del Código Laboral a los "trabajadores", de esa clase de organizaciones, viola el principio de igualdad en relación con los trabajadores dependientes?
- ¿La indeterminación de la cuantía de los salarios mínimos que se puede imponer como sanción administrativa tanto personal como institucional a quienes incurran en ciertas faltas, viola el ordenamiento superior? ¿Va en detrimento de los fines que propone del derecho laboral?



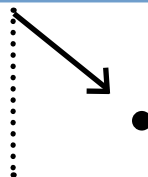
MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

RATIO DECIDENDI

- "Si bien en desarrollo de la libertad de asociación las cooperativas están regidas en principio por una amplia autonomía configurativa de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas involucran, como ocurre frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones". (Subrayado fuera del texto original).
- "Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador (...) Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario". (Subrayado fuera del texto original).
- "(...) Cuando dichas cooperativas contratan trabajadores dependientes (...) éstos se rigen por las normas consagradas para la generalidad de los trabajadores: la legislación laboral vigente, pues en este caso sí se dan todos los supuestos de una relación laboral subordinada, a saber: existe un empleador, un trabajador que labora bajo la subordinación de aquél, y una remuneración o salario. (Subrayado fuera del texto original).
- "En el caso bajo examen la ley señaló la sanción: multa, fijó su cuantía: "hasta de doscientos salarios mínimos", pero infortunadamente en los numerales acusados, no determinó si éstos salarios son mínimos o mensuales. Omisión que fue subsanada posteriormente en el decreto 1401 de 1999 "Por el cual se desarrolla la estructura y funciones de la Superintendencia de la economía solidaria y se dictan otras disposiciones", al repetir en el artículo 5, numerales 6 y 7, los mismos preceptos aquí demandados, y señalar que tales salarios mínimos son "mensuales". En consecuencia, ha de entenderse que aquellos a que alude el precepto demandado son "mensuales." (Subrayado fuera del texto original).

Tendencia

Flexibilización y
desregulación
del dervecho
del trabajo



Fortalecimiento del
tripartismo en la
normas que regulan
las relaciones
laborales



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

BIPARTISMO

IDENTIFICACIÓN

Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 27 de Enero de 2004 Magistrado
Ponente: Eduardo Montealegre Lynett
Expediente: D-4361

SUJETOS RELEVANTES

Ciudadano (Enrique Borda Villegas)

HECHOS RELEVANTES

"El ciudadano Enrique Borda Villegas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenta demanda contra la totalidad de la Ley 789 de 2002 por vicios de trámite y por considerar que ese cuerpo legal califica, en forma ilegítima, al trabajo como una mercancía. Adicionalmente, y por otras razones, el actor solicita la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de esa misma ley que regulan el sistema de protección social, el trabajo ordinario y nocturno, el trabajo dominical y festivo, la indemnización en caso de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización por falta de pago, la relación de aprendizaje, y la jornada laboral flexible".

NORMA(S) DEMANDADA(S)

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 25, 26, 28, 29, 30, 51 parciales de la ley 789 de 2002.

PROBLEMA DE LA SENTENCIA C-038 DE 2004

- ¿Las disposiciones acusadas desconocen el derecho al trabajo y los principios fundamentales laborales establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos (CP arts 1º, 25 y 53), en especial en los Convenios de la OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales?
- ¿Hasta qué punto es constitucionalmente legítimo reducir ciertas garantías de los trabajadores reconocidas por el ordenamiento con el fin de promover el empleo de quienes carecen de trabajo?
- ¿La indeterminación de la cuantía de los salarios mínimos que se puede imponer como sanción administrativa tanto personal como institucional a quienes incurran en ciertas faltas, viola el ordenamiento superior?



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

RATIO DECIDENDI

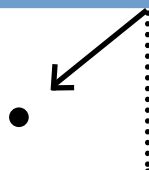
- "(...) la promoción del empleo es una finalidad de importancia constitucional suficiente para autorizar una reforma laboral que reduzca ciertas protecciones a los trabajadores, siempre y cuando esa reducción resulte adecuada, indispensable y proporcionada al propósito buscado. Entra pues la Corte a examinar la adecuación y proporcionalidad de las medidas atacadas (Subrayado fuera del texto original).

La justificación de la adecuación y necesidad de las medidas

- "(...) una estrategia de combate al desempleo, fundada en una determinada concepción económica, puede tomar algún tiempo en comenzar a rendir plenamente sus frutos. Y precisamente, en el presente caso, el propio Legislador fue consciente de la necesidad de evaluar, luego de un tiempo razonable, la eficacia de las medidas. La ley 789 de 2002 fijó un término para que las medidas empiecen a producir sus efectos (...) Esto significa que el propio Congreso determinó que dos años eran un plazo razonable para que se pudiera evaluar la eficacia de las políticas adoptadas. Y aunque eso no implica que la vigencia de las reformas de la Ley 789 de 2002 sea temporal, sí significa que en ese momento esas reformas están sujetas a una evaluación y debate, por mandato de la ley, y que esa evaluación debería conducir incluso a la derogación de aquellas medidas que no hayan sido eficaces en la promoción del empleo". (Subrayado fuera del texto original).
- "La estrategia de reducción de los recargos por jornadas nocturnas o por festivos, o la flexibilización de la jornada de trabajo y de los días de descanso, son medidas que buscan tener efectos inmediatos en la promoción del empleo, pues pretenden una reducción de costos y una flexibilización de las jornadas de trabajo. La aplicación de esas medidas a los contratos acordados antes de la vigencia de la Ley 789 de 2003 tiene entonces lógica, pues permite inmediatamente a los empresarios reducir sus costos y flexibilizar sus procesos económicos, lo cual incentiva la contratación de nuevas personas. Por ello la Corte encuentra que la aplicación de esas medidas incluso para contratos establecidos con anterioridad a la promulgación de la Ley 789 de 2003 es compatible con el mandato de progresividad (...)" (Subrayado fuera del texto original).
- Igualmente, la reducción de la indemnización por despido injusto establecida en el artículo 28 acusado busca esencialmente reducir el riesgo de contratación de los patronos, en la medida en que los costos de un eventual despido sin justa causa resultan menores. Esto significa que esa medida promueve el empleo, por cuanto reduce el riesgo de los empresarios a contratar, pues saben que si requieren despedir a ese nuevo empleado, les será menos costoso.

Tendencia

Flexibilización y
desregulación del
derecho del trabajo



Fortalecimiento del
tripartismo en la
normas que regulan las
relaciones laborales



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

UNIPARTISMO

IDENTIFICACIÓN

Corporación: Corte Constitucional, Sala Plena, 02 de septiembre de 2009
Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Expediente: D-7615

SUJETOS RELEVANTES

Ciudadana (María Fernanda Orozco Tous)

HECHOS RELEVANTES

El demandante en la acción pública de inconstitucionalidad, considera que:

- El legislador limita las formas de acceso al trabajo en las entidades del Estado y, de esa manera, impone "un obstáculo para que se pueda laborar para una entidad pública, frente al desarrollo normal de sus funciones".
- "La prohibición de celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes del Estado desconoce el artículo 25 superior (...)"
- La norma impugnada viola el artículo 53 de la Constitución, "al ser la propia ley, la que está estableciendo límites para que no se celebren contratos de prestación de servicios como forma de desarrollar funciones públicas permanentes, en el entendido que se establece una restricción a la suscripción de contratos de prestación de servicios, como forma legal de laborar para las entidades públicas"

NORMA(S) DEMANDADA(S)

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

PROBLEMAS DE LA SENTENCIA C.- 614 DE 2009

¿La expresión demandada vulnera mandatos Constitucionales como quiera que la prohibición legal para celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones de carácter permanente en la administración pública constituye una barrera de acceso al trabajo en el Estado, pues mientras la vinculación por contrato puede realizarse de forma expedita y oportuna, la creación de empleos requiere cumplir una serie de requisitos engorrosos, demorados e ineficientes?



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

RATIO DECIDENDI

"(...) esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

De esta forma, el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas y, iii) prohíbe la desviación de poder en la contratación pública. (Subrayados fuera del texto original).

Tendencia

Flexibilización y
desregulación del derecho
del trabajo.



Fortalecimiento del
tripartismo en la
normas que regulan
las relaciones
laborales.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

1.2 TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL

TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL

- Estudio de precedente Constitucional en materia laboral, especialmente en casos de flexibilización y precarización del trabajo o elusión laboral.

Con conceptos y principios, propios de la argumentación jurídica, identificar precedentes laborales a partir de los siguientes conceptos:

1. Identificación del "***in idem senterie***": lo que se define como un "***sentire en lo mismo***" por parte de los magistrados constitucionales, a partir de tres fallos próximos o similares en materia de derecho del trabajo.
2. Identificación sobre el uso amplio, por parte de los magistrados constitucionales, respecto de los cánones: "***analogía legis***" y "***analogía iuris***" en materia laboral y, desde luego, sobre fallos proferidos en ese sentido.
3. Identificación del principio y expresión "***stare decisis***" que asegura el efecto vinculante de las reglas de derecho creadas por el juez para todos los jueces que sucesivamente deberán resolver casos análogos.
4. Identificación del concepto "***fattispecie***" o modelo de hecho para la solución de un caso en concreto y en el que el magistrado persiste en aplicar el mismo modelo para resolver nuevos, pero parecidos hechos.
5. Identificación del concepto "***overruling***" en el que el presente pierde valor y la "***ratio decidendi***" pasa a ser "***ratione cessante***". Este concepto del "***overruling***" suele representar también la idea de casación.
6. Identificación del concepto de "***distinguishing***" lo que se traduce en dos aspectos:
 - a) Distinguir en la interpretación de una norma el contenido establecido, su aplicabilidad y su conveniencia o no.
 - b) Establecer la no influencia del precedente para un nuevo caso e iniciar la posibilidad de nuevo precedente a partir de las expresiones "***obiter dicta***"= dichos de paso/ "***obiter dictum***"= dicho de paso.



1.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN

TÉCNICAS DE EVALUACIÓN

- Técnica de representación gráfica

Se trata de que el discente, teniendo como referente las plantillas expuestas en la unidad, haga similares desarrollos y análisis sobre sentencias de la Corte Constitucional en materia laboral actual, teniendo en cuenta casos relacionados con el derecho laboral individual, el derecho laboral colectivo y la seguridad social.

- Técnica de productos escritos

Se busca que el discente, a través de ensayo académico y por epígrafes, construya análisis jurisprudenciales laborales teniendo como referente los temas desarrollados en la unidad, así como los modos como ciertas sentencias han terminado aportando al bienestar social en términos concretos.

1.4 RECURSOS DIDÁCTICOS

RECURSOS DIDÁCTICOS

- [https://issuu.com/angela.molina/docs/francesco_galgano_la_globalizacion_\(leer_capítulo_V\)](https://issuu.com/angela.molina/docs/francesco_galgano_la_globalizacion_(leer_capítulo_V)).
- <https://relatores tematicos.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/pdfs/Corte/mnimovital.pdf>.
- Película para comprender los escenarios del capital industrial: <https://www.youtube.com/watch?v=ogoGG-jg104>.
- Película para comprender los escenarios del capital financiero: <https://www.youtube.com/watch?v=Gy4l33t3bew&list=PLrUmEr3NQdsuIVNBQ5rWWon-tqvRyaul2>.



1.5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Relacione la bibliografía utilizada explícitamente en el desarrollo de la unidad.

BOBBIO, Norberto, Teoría general del derecho, Ed. Temis, Bogotá, Colombia.

CÁRDENAS, Sierra, Robinson Arí, Flexibilización laboral y Justicia Distributiva, Ed. Ibañez, Bogotá, 2017.

GALGANO, Francesco, La globalización en el espejo del derecho, Ed. RUBINZAL – CULZONI, Roma, 2007.

IGNASI Brunet, PIZZI, Alejandro y MORAL David, Sistemas laborales comparados, Ed Antrhopos, Madrid, 2016.

ORJUELA, Laura y Otros, Protección del derecho del trabajo: jurisprudencia constitucional, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

SANGUINETI R., Wilfredo: "Derecho del Trabajo: nuevos escenarios", IJSA, San José, 2012.

SUPIOT, Alain, Derecho del trabajo, Ed. Heliasta, Bs. As., 2008.

1.6 BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

AGUILERA, Miguel. La Justicia Laboral en la Historia (Cap. VIII), en. Historia extensa de Colombia; Ed. Lerner, Bogotá, 1965.

ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia, Comares, Granada, 2005. ALONSO, Olea Manuel. De la Servidumbre al Contrato de Trabajo, Ed. Tecnos, Madrid 1979.

APARICIO, Tovar, Joaquín. La Transnacionalización del Derecho del Trabajo y la responsabilidad del empresario; en Revista. Globalización Laboral y de la Seguridad Social, Ed. U Rosario (Colección Textos de Jusrisprudencia), Bogotá, 2007.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

**BIBLIOGRAFÍA
SUGERIDA**

BAUMAN, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres; Ed. Gedisa, cuarta reimpresión abril 2011, Barcelona.

BASUALDO, Victoria y MORALES, Diego. La Terciarización Laboral; Ed. Siglo XXI, Bs.As., 2014.

BAYLOS, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado; Ed. Trotta S.A. Madrid, 2009.

BAYLOS, Antonio. Derecho del trabajo (modelo para armar), ed. Trotta, Madrid, 1991.

BIRGIN, Haydée (Comp.). Ley, Mercado y Discriminación (El Género del Trabajo); Ed. Biblos, Bs. As., 2000.

CAVALIÉ, Cabrera Paul. Importancia de un título preliminar; en Los Principios del derecho laboral en la nueva Ley general del Trabajo; Ed. Congreso de la República del Perú – Centro de Investigación Parlamentaria. Perú, 2004.

ECHAVARRÍA, Juan José y PARRA, Mónica. Empleo, flexibilidad laboral y crecimiento en Colombia en. Empleo y Economía; Ed, Urrutia, Montoya Miguel (Banco de la República), Bogotá, 2001.

FARNÉ, Stéfano et all. La Calidad del Empleo en América Latina a principios del siglo XXI, U. Externad de Colombia, Bogotá, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho, Externado, Bogotá, No. 15, 2000.

GALGANO, Francesco. La Globalización en el espejo del derecho; Ed. Rubnizal – Culzoni; Bs. As. 2005.

GARGARELLA, Roberto. Por una justicia Dialógica; Ed. Siglo XXI, Derecho y Política; Bs. As, 2014.

LINHART, Daniele. Salarios amenazados y derechos sociales atacados. Ayer solidarios, ahora rivales; en revista. Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? EL Trabajo. Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza; Ed. Aún creemos en los sueños; 2007.

LINHART, Daniele. Todo comenzó en 1972... en la revista Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? El Trabajo. Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza..., Ed, Aún Creemos en los Sueños, Santiago, 2007.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

**BIBLIOGRAFÍA
SUGERIDA**

LINHART; Daniele. Salarios amenazados y derechos sociales atacados. Ayer solidarios, ahora rivales; en revista. Chile ¿cerca o lejos del trabajo decente? EL Trabajo. Valor y sentido del trabajo/derecho a la pereza; Ed. Aún creemos en los sueños; 2007.

LOZANO, Wilfredo. Desregulación laboral, Estado y Mercado en América Latina. Balance y Retos Sociopolíticos, en Perfiles Latinoamericanos, México, 1998, p.

MONSALVE, Ramírez, Alfonso. Trabajadores Empresarios; Ed. Ediciones Aurora, Quito, Ecuador, 2012.

OLEA, Manuel, Alonso. De la Servidumbre al Contrato de Trabajo; Ed. Tecnos, Madrid 1979.

PLA, RODRÍGUEZ, Américo. Tendencias actuales del derecho laboral, en Tendencias Actuales del Derecho; Fondo de Cultura Económica, México, 1994

SANGUINETI R., Wilfredo. Derecho del Trabajo. nuevos escenarios, IJSA, San José, 2012.

SENGENBERGER, Werner. Globalización y progreso social. la función y el impacto de las normas internacionales del trabajo; Ed. Friedrich Ebert Stiftung -Nueva Sociedad, Bonn, 2002.

SILVA, Otero, Aristides y MATA, de Gros Mariela. La llamada Revolución Industrial; Ed. U católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

SILVA, Romero, Marcel (compilador). El Derecho Laboral que Hereda el Milenio (transformación de su enseñanza); Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1999.

SILVA, Romero, Marcel. Flujos y reflujos. Proyección de un Siglo de derecho Laboral Colectivo en Colombia, Ed. U. Nacional, tercera edición, Bogotá, 2005.

SILVA, Romero, Marcel. Reaprender la enseñanza del derecho del trabajo y de a seguridad social; Ed. Universida Nacional, Bogotá, 2010.

SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo; Ed. Heliasta, Bs. As. 2008.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

**BIBLIOGRAFÍA
SUGERIDA**

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 29 de marzo de 2000. Sentencia C-371 de 2000. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 1º Marzo de 2000. Sentencia C-211. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, 27 de Enero de 2004. Sentencia C-038 de 2004. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala Tercera de Revisión, 15 de mayo de 2008. Sentencia T-471 de 2008. Magistrado Ponente. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala sexta de Revisión, 30 de junio de 2008. Sentencia T-518 de 2009. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional, La Sala primera de Revisión, 08 junio de 2012. Sentencia T-428 de 2012. Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia (2012). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-261 de 2012.

Corte Constitucional de Colombia (2013) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T- 619 de 2013.

Corte Constitucional de Colombia (2014) M.P. Mauricio GONZALEZ Cuervo. Sentencia T-248 de 2014.

Corte Constitucional de Colombia (2015) M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T – 069 de 2015.

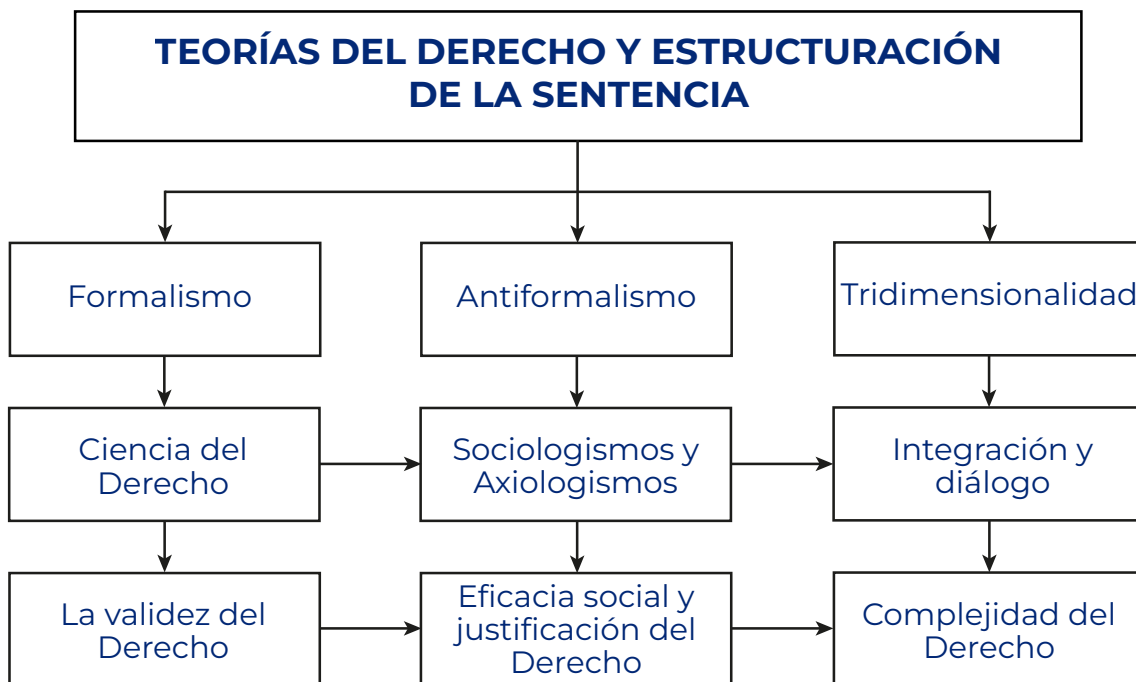


UNIDAD 2: TEORÍAS SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

OBJETIVO GENERAL	Comprender los rasgos esenciales de las diferentes teorías del Derecho en la estructuración de la sentencia.
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<ol style="list-style-type: none">1. Identificar los rasgos esenciales de las diferentes teorías del derecho2. Ubicar epistemológicamente en la tridimensionalidad del Derecho las diferentes teorías del Derecho sobre la decisión judicial3. Aplicar teoría del Derecho en la estructuración de la sentencia
COMPETENCIA ESPECÍFICA	El/la discente aplica las teorías del Derecho en la estructuración de la sentencia.



2.1 MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 2





MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Formalismo⁵⁸

El formalismo, derivada del voluntarismo⁵⁹, es la corriente de pensamiento que, en el ámbito del Derecho, define el fenómeno jurídico por características observables exteriormente, así pues, identifica la voluntad del Estado con la norma jurídica. En esta tendencia doctrinal se pueden clasificar la escuela de la exégesis francesa de siglo XIX, la jurisprudencia de conceptos y la teoría general del Derecho alemanas derivadas del criticismo kantiano, el cual podemos reducir, incurriendo en reduccionismo, a este apotegma: "no conocemos las cosas en sí". El máximo exponente del formalismo jurídico es el neokantiano Hans Kelsen (1881-1973) con su *Teoría Pura del Derecho*⁶⁰.

Kelsen encuentra que el aspecto formal del Derecho es lo que debemos buscar como investigadores. Es decir, aquello que permanece y es constante; lo que conseguimos a partir de una noción universalmente válida (a priori) y no por un dato de la experiencia. Es el Derecho en nosotros, lo fenoménico, no el Derecho en sí.

A esta perspectiva formalista se la ha llamado también normativismo. Se parte de afirmar que el Derecho "prescribe", como la moral, por ejemplo. Es, por tanto, una ciencia normativa y no una ciencia natural cuya esencia es la descripción y explicación. Es importante afirmar que en el formalismo las cosas son buenas porque son mandadas. Se identifica la ley con el bien.

El formalismo lleva consigo la reducción del estudio de la norma a meras conexiones lógicas, de tal manera que la estructuración de la sentencia no es otra cosa que el resultado de un macro-silogismo cuya premisa mayor es la norma fundamental que está en el vértice de la pirámide invertida. No importa el contenido de la norma que sustenta la sentencia. Tampoco importa el grado de verdad alcanzado en la decisión de un caso, pues basta con seguir la línea de "bondad" del legislador, su validez extrínseca.

En Colombia la estructuración de la sentencia tiene en cuenta esta perspectiva de base, la cual ha influido por generaciones de juristas y sigue teniendo vigencia. Sin embargo, el formalismo en nuestro medio se puede decir que ha sufrido una mutación. Una decisión judicial parte de la validez dogmática en perspectiva kelseniana, sin embargo, reconoce

⁵⁸ Cfr. HERNÁNDEZ Gil, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho. T. I*, Madrid: Uguina, 1971; BATIFFOL, Henri. *Filosofía del Derecho*. México: P. Cruz, 1995. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Bosh, 1979.

⁵⁹ *El Derecho es aquel que está "puesto" (positum) por un acto de voluntad.*

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 1979.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

sus límites y va hacia la búsqueda del contenido normativo de carácter material. Es como si Kant, detrás del Kelsen a la colombiana fuera el de la segunda formulación del imperativo categórico: "el hombre no es medio, sino fin".

Sociologismo⁶¹

Se precisa que el origen de la tendencia sociológica en el estudio del Derecho está en la escuela histórica alemana. La última consideraba, contra el voluntarismo, que el Derecho no es fruto de una creación deliberada y consciente. Todo lo contrario, el Derecho es fruto de un proceso histórico que, impulsado por la fuerza de la costumbre colectiva, se va originando espontáneamente a través de un proceso más o menos inconsciente.

A finales del siglo XIX se presentan varias rupturas con las escuelas normativistas con autoridades del Derecho que son agrupadas, muchas veces sin distinguir las perspectivas particulares, en el *movimiento del derecho libre*. Se resaltan, por ejemplo, algunas personalidades con sus respectivos aportes: la búsqueda equilibrada de integrar el orden jurídico y la vida social desde la "libre investigación científica" de François Gény (1861-1959)⁶²; el "derecho justo" de Rudolf Stammler (1856-1938)⁶³; la jurisprudencia sobre el "cálculo de intereses" de Philipp Heck (1858-1943)⁶⁴, inspirado en el finalismo iniciado por Rudolf Von Ihering (1818-1892); el anarquismo jurídico de Hermann Kantorowicz (1877- 1940)⁶⁵; el Derecho de la sociedad de Eugen Ehrlich (1862-1922)⁶⁶, cofundador de la Escuela del Derecho libre. Tales perspectivas concuerdan más o menos en que el juez goza de libertad, y, por tanto, no debe buscar la voluntad del legislador, sino que ha de decidir, al estructurar sus sentencias, conforme a la regla que el legislador, según su criterio crítico judicial, habría adoptado ante la realidad en un caso concreto. Como consecuencia el juez sería un crítico de la ley con función creadora del Derecho.

61 DÍAZ, Elías. *Curso de filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

62 GÉNY, François. *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*. Granada: Comares, 2007;

62 GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares, 2000.

63 STAMMLER, Rudolf. "Tratado de Filosofía del Derecho", México: E. Nacional, 1974; STAMMLER, Rudolf. *El Juez*. México: Ed. Nacional, 1974.

64 HECK, Philipp. *El problema de la creación del Derecho*. Granada: Comares, 1999; GARCÍA SALGADO, María José. *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*. Granada: Comares, 2011.

65 KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del Derecho*. Santiago: Oleknik, 2018.

66 EHRlich, Eugen. *I fondamenti della sociologia del diritto*. Milán: Guiffrè, 1976.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Émile Durkheim (1858-1917)⁶⁷ va a reforzar esta perspectiva sobre la necesidad de un Derecho vivo, mientras Max Weber (1864-1920)⁶⁸ hace otro tanto en el ámbito alemán; al mismo tiempo aparecen en la escena el institucionalismo de Maurice Hauriou (1856-1929)⁶⁹ y la idea de que el Estado está para servir de Duguit (1859-1928)⁷⁰. Un poco más tarde va a continuar con esta perspectiva sociológica el jurista ruso nacionalizado francés Georges Gurvitch (1894-1965)⁷¹, pero con una visión que busca eliminar las tensiones entre lo normativo y la realidad social a partir de lo que él denominó el "hecho normativo", buscando reencontrar el aspecto ideal y normativo en la misma realidad social.

Es, tal vez, la postura equilibrada de Gurvitch, que busca eliminar la oposición entre los métodos normativo y social, la que marca el inicio de una perspectiva antecesora de los actuales movimientos de sociología del Derecho.

Le debemos a Kelsen el hecho de fundar la Ciencia del Derecho al definir su objeto y su método. Su aporte es epistemológico y, desde esa visión, no se podrá nunca considerar su terminación como teoría transnacional influyente. Sin embargo, su contribución terminó por aportar hondamente a la separación decimonónica de los campos investigativos del Derecho de manera casi irreconciliable: de un lado, los normativistas y, de otro, los sociologistas. Gurvitch y otros juristas, como Gustav Radbruch (1878)⁷², se encargaron de influir sobre formalistas como Herbert Hart (1907-1992)⁷³ para iniciar una nueva perspectiva en la que la directriz es el diálogo, el encuentro, la reconciliación en torno a un interés común: el Derecho está al servicio de la humanidad y su entorno. Y Hart se convierte en el comienzo de fin del formalismo como única línea de investigación científica oficial del Derecho.

La maduración gradual de tres líneas sobre la estructuración de la sentencia se consolida en: ciencia del Derecho positivo (Kelsen y Hart); filosofía del Derecho (Radbruch); sociología del Derecho (Gurvitch). La plataforma discursiva, en paralelo, de las tres vertientes es la nueva lógica de Chaïm Perelman (1912-1984)⁷⁴, la cual consiste en la recuperación de la argumentación y la retórica clásicas.

⁶⁷ DURKHEIM, Émile. *La división del trabajo social*. Madrid: Akal, 2001; DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros ensayos de metodología*. México: Fondo de Cultura Económica, 2019.

⁶⁸ WEBER, Max. *Sociología del Derecho*. Granada: Comares, 2001.

⁶⁹ HAURIOU, Maurice. *Teoría de la Institución y de la fundación. Ensayo de vitalismo social*. Santiago: Olejnik, 2020.

⁷⁰ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

⁷¹ GURVITCH, Georges. *Elementos de sociología Jurídica*. Granada: Comares, 2001; GURVITCH, Georges. *La idea del Derecho social*. Granada: Comares, 2005.

⁷² GUSTAV, Radbruch. *Filosofía del Derecho*. Granada: Comares, 1999.

⁷³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

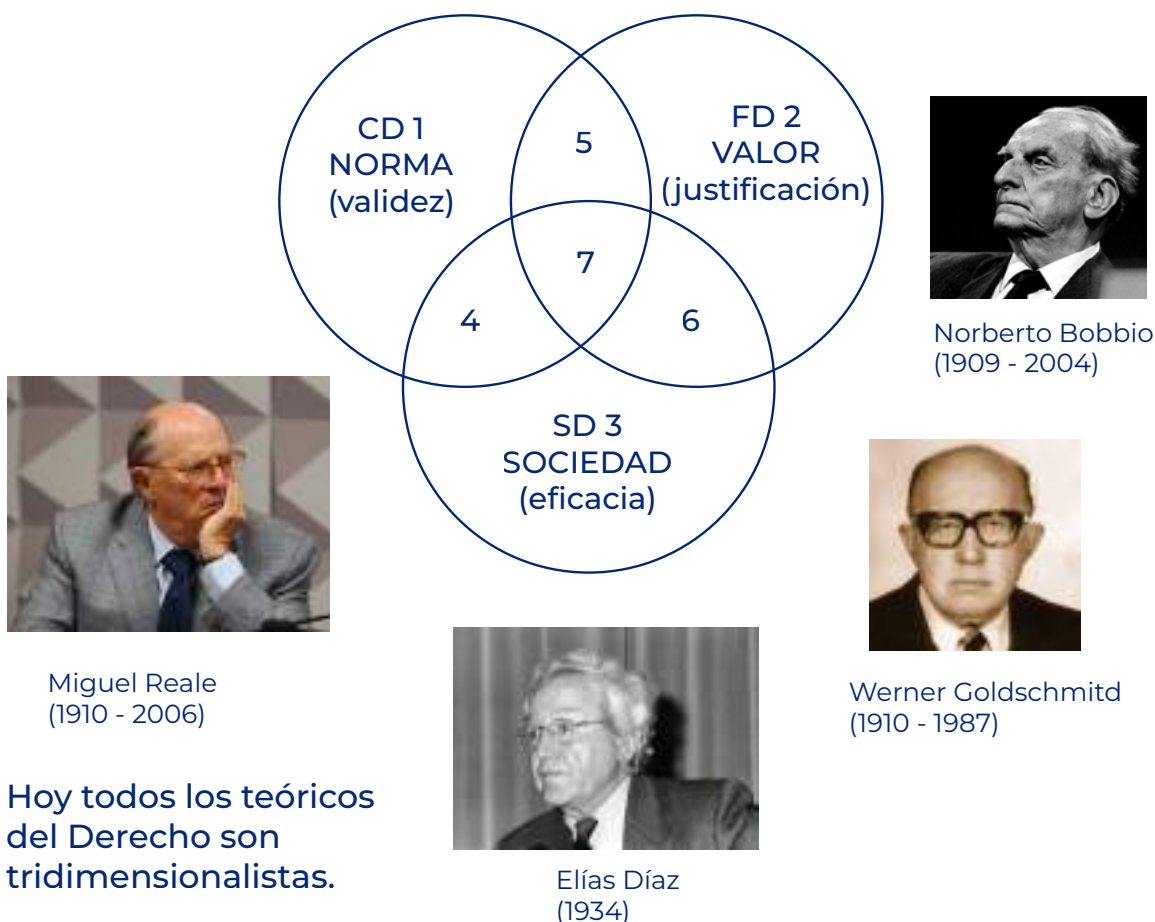
⁷⁴ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS, Tyteca. *Tratado de argumentación: la nueva retórica*. Barcelona: Gredos, 2015.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Se requiere subirse a la montaña para ver la totalidad del bosque. Las tres líneas mencionadas, siendo realmente tres campos investigativos, van dialogando. Hecho que resulta descubierto por tres juristas: Miguel Reale (1910-2006)⁷⁵, Norberto Bobbio (1909-2004)⁷⁶ y Werner Goldschmidt (1910-1987)⁷⁷, quienes se encargarán de fundar un nuevo o "mundo jurídico", campo investigativo complejo⁷⁸, llamado la teoría tridimensional del Derecho. El jurista español Elías Díaz (1936)⁷⁹, se encargará de difundir, para el ambiente jurídico hispanohablante, tal propuesta integradora e iluminadora para la estructuración de la sentencia.

Tridimensionalidad del Derecho y de la Sentencia



⁷⁵ REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1997.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis, 2016.

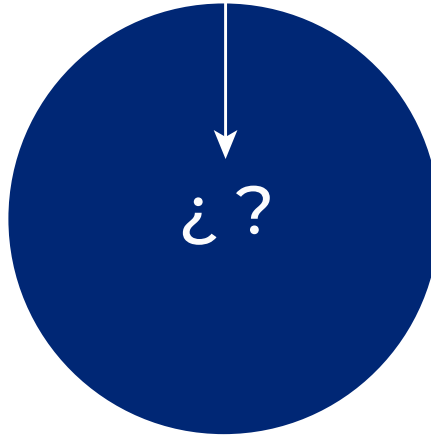
⁷⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho. La teoría tridimensional del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

⁷⁸ Véase "campo investigativo" como distinto de investigación consolidada de una ciencia en ECO, Umberto. *La estructura ausente*, Barcelona: Lumen, 1999.

⁷⁹ DÍAZ, Elías. Op. cit., 1998.

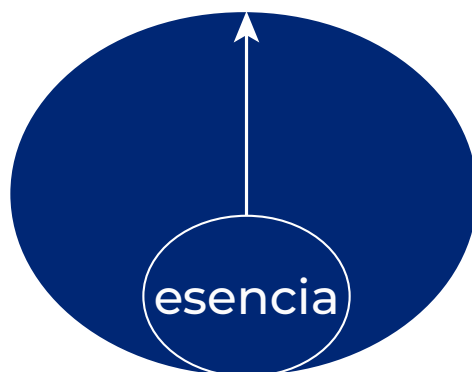


MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA



El planteamiento del problema: ¿Es posible plantear un modelo universal tridimensional para la estructuración de la sentencia que pueda orientar la actividad decisoria judicial?

Nuestra hipótesis es que existe una estructura esencial de la sentencia que supera las especialidades y todos los aspectos diversos mencionados y, a la vez, las fundamenta, sin importar incluso el sistema jurídico o la circunstancialidad adjetiva de la presencialidad u oralidad. Tal esencialidad integra tres aspectos insoslayables en toda decisión actual: 1) apertura del sistema jurídico; 2) el análisis prático de los hechos; 3) acción responsiva y argumentación incluyente e integradora.



Observemos cada aspecto:

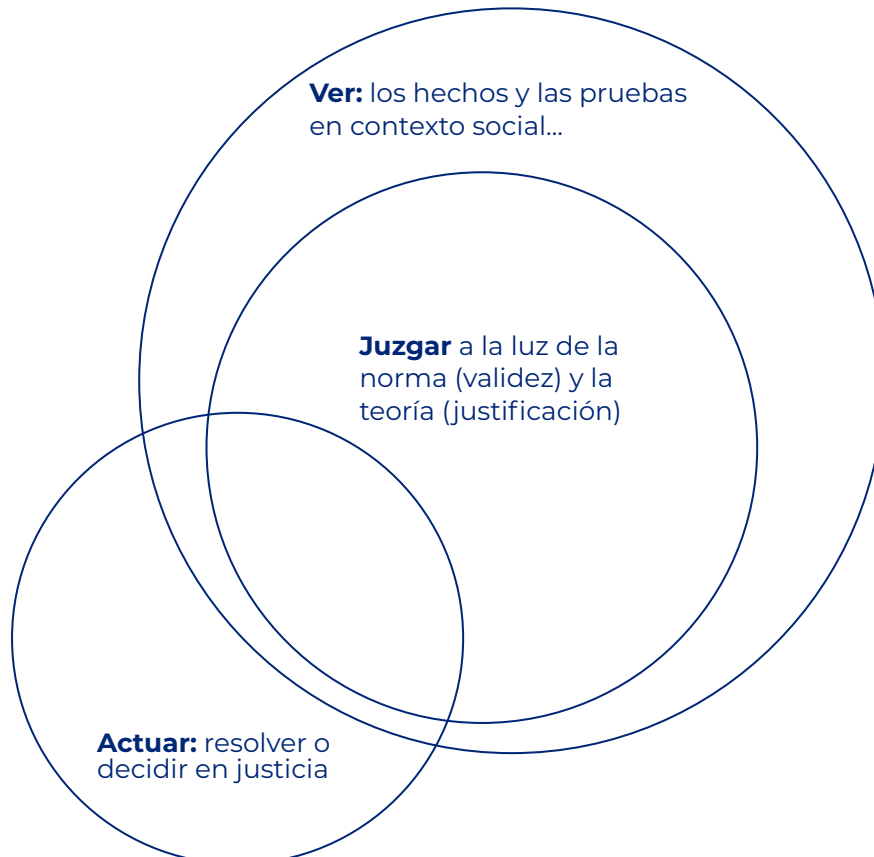
1. apertura del sistema jurídico: el fallador debe tener en cuenta el precedente horizontal y vertical, el bloque de constitucionalidad y los Derechos Humanos formalizados, la primacía de los Derechos Humanos no formalizados (a. 94 de la Carta Política); el control de convencionalidad;



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

2. el análisis prático de los hechos: se trata de la integración de la crítica teórica de la práctica social y particular en un determinado caso. Es decir, los hechos del caso y su contexto en función de las dimensiones social, política, ecológica y económica. Además, de la identificación de la mejor teoría del derecho aplicable para definir tal relación crítica y práctica.
3. acción responsiva y argumentación incluyente e integradora: que el fallador tenga presente en su decisión la fundamentación con enfoque de género y de igualdad material que reconozca al mismo tiempo la desigualdad de raza y condición social (edades, cultura, necesidad económica, capacidades) en el marco de una justicia protectora. El aspecto integrador va más allá del reconocimiento del otro. También busca el reconocimiento de "lo otro" (el medio ambiente (fauna, flora, todas las aguas, el aire que respiramos, el paisaje, etc.) como "un otro".

Tridimensionalidad y estructura universal de la sentencia

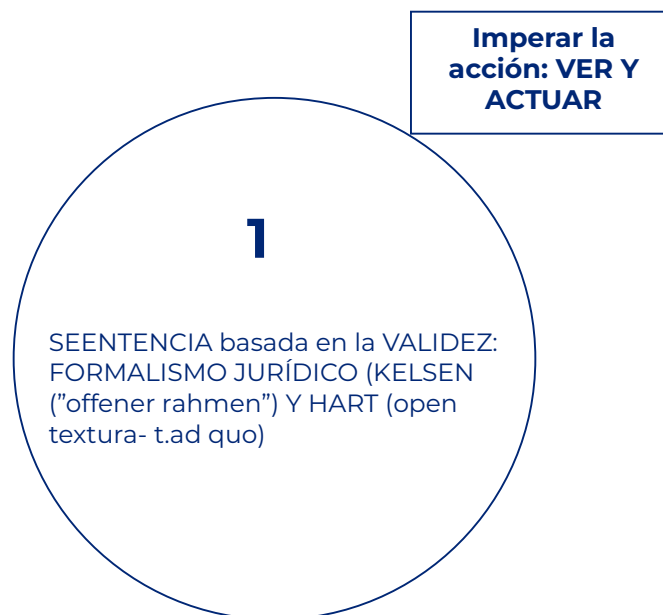




MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Miniaturas teóricas de decisión judicial, descompongamos el esquema tridimensional:

Modelo de sentencia desde la Ciencia del Derecho (formalismo-normativismo):



Hans Kelsen

Nació en Praga (perteneciente entonces al Imperio austrohúngaro) el 11 de octubre de 1881, y murió en Berkeley, California, el 19 de abril de 1973. Se convierte al catolicismo en 1905. Se le considera el "padre intelectual" de la Constitución Federal republicana y democrática de Austria en 1920, en la cual constituyó el "Tribunal de Justicia Constitucional", del que fue Kelsen magistrado desde 1920 a 1930.

En 1930 acepta una cátedra en la Universidad de Colonia, debe renunciar pronto por el ascenso al poder del partido nacionalsocialista. El estallido de la Segunda Guerra Mundial le lleva a refugiarse en los Estados Unidos, invitado a la Universidad de Harvard por el profesor Roscoe Pound (cabeza del realismo jurídico, junto con los jueces de la Suprema Corte de los EE UU, Holmes (1841- 1935) y Cardozo (1870-1938)⁸⁰); de allí pasó a enseñar Ciencia política en la Universidad de Berkeley, California (1942). Asumió el cargo de asesor jurídico (1945) en la "Comisión de Naciones Unidas para

⁸⁰ Cfr. COSSIO, Carlos, Prefacio en CARDOZO, Benjamín Nathan. *La naturaleza de la función judicial*. Granada: Comares, 2004.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

los crímenes de la guerra" en Washington, con la tarea de preparar los aspectos legales y técnicos del Tribunal de Nüremberg (tribunal que no se orientó precisamente por principios positivistas). Entre 1945 y 1952 trabajó activamente con las Naciones Unidas en el "Consejo de Seguridad", entregado al examen de estas cuestiones: calidad de miembro, estructura de la organización, personería jurídica, funciones de la organización, sanciones que se pueden imponer, etc.

En sus años de estudiante, participa activamente en la Escuela neokantiana de Marburgo (dirigida por Stammler), donde trabaja en profundidad, entre otras, las fuentes primarias del Criticismo. Una vez Kelsen se doctora en derecho en 1906, en la Universidad de Viena, inicia su empeño por cimentar una "verdadera" "Teoría General del Derecho", cuyo objeto es una "idea pura" del derecho que no tenga "contaminaciones" sociales, económicas o morales, lo que lo lleva a distanciarse de la corriente sociologista marburguiana. Kelsen articula filosofía kantiana, "jurisprudencia analítica" y teoría del Estado y del derecho. Participa en el llamado "Círculo Jurídico de Viena"⁸¹. Hacia 1908 participa en los seminarios de derecho público de Heidelberg, orientados por el filósofo y jurista Georg Jellinek (1851-1911). En 1911 publica "**Teoría del Estado y del Derecho**", en donde expone por primera vez las reflexiones que van a madurar en la "**Teoría Pura del Derecho**" (1934).

La escuela kelseniana es denominada "*del Derecho político puro*"⁸² y ha influido extraordinariamente hasta nuestros días, ya que sus obras han sido traducidas a los idiomas dominantes y se ha aplicado a distintos campos de investigación jurídica: derecho público, derecho penal, derecho privado, derecho internacional. Su obra ocupa un lugar central, por épocas privilegiada y excluyente, en el pensamiento y la práctica jurídicas contemporáneas. Su "Teoría Pura del Derecho", al intentar establecer los conceptos fundamentales y la estructura esencial discernibles en cualquier ordenamiento jurídico, se convirtió en el modelo de toda justeoría futura.

Le denomina a su construcción "teoría pura", porque se propuso elaborar una teoría "**depurada de toda ideología política** y de **todo elemento de las ciencias de la naturaleza**, y consciente de tener un **objeto regido por leyes que le son propias**. Mi finalidad ha sido [...] elevar la teoría del

⁸¹ El "Círculo Jurídico de Viena" es un movimiento que tiene por finalidad echar las bases epistemológicas de una "Ciencia Positiva del Derecho" a partir de la construcción de una "Teoría General del Derecho". Para ello articularon Criticismo y el Positivismo lógico del "Círculo de Viena". Se destacan entre sus integrantes: Rudolf Aladár Metall, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Feliz Kaufmann, Fritz Sander, Erich Voegelin, Alf Ross, Charles Eisenmann, Luis Legaz y Lacambra, Franz Weyr.

⁸² "Datos biográficos" en "Esencia y Valor de la Democracia" de Kelsen, COMARES, Granada, 2002, p. 2.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

derecho, que aparecía expuesta [...] en trabajos más o menos **encubiertos de política jurídica**, al rango de una **verdadera ciencia** que ocupara un lugar al lado de las **otras ciencias morales**. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas [...] hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia"⁸³

Percibió que este era un ideal compartido por muchos juristas de diferentes países, aunque se extrañaba por la resistencia y las numerosas y apasionadas críticas que suscitó, lo cual lo sorprendía, pues, "muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto, ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX"⁸⁴

Aspectos clave para tener en cuenta:

[...] "Es una **teoría del derecho positivo**, del derecho positivo **en general** y no de un derecho particular. Es una teoría **general** del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional."

"... se trata solamente de facilitar el **desenvolvimiento de la ciencia jurídica** a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un **pariente pobre** de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante. En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias [...] sino alrededor de las **relaciones entre el derecho y la política**."

[Cuestiona la actitud de sus críticos, de] invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para **justificar pretensiones políticas** que tienen un carácter esencialmente **subjetivo**, aun cuando de buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

[...] Los juristas no renuncian [...] a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad".

"El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política [...] tiene naturalmente **consecuencias políticas**... la **autolimitación de la ciencia del derecho**, que muchos consideran una renuncia". "Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor [...] **También se pretende ... que es sólo la expresión de una filosofía política particular**."⁸⁵

83 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 1979, *passim*.

84 *Ib. Id.*

85 *Ib. Id.*



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Edo., la ciencia jurídica formula lo que llamamos **reglas de derecho**. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, p. ej.: si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado.

La estructuración de la sentencia sería determinar el nexo de imputación: es necesario un acto humano para pasar de la premisa a la consecuencia: Si la condición A se realiza —el acto ilícito—, entonces *debe ser* B, la consecuencia, que es una sanción. El principio de imputación en perspectiva kelseniana nos permite concluir que el destinatario de la obligación (deber ser) no es, propiamente, el autor del ilícito prescrito por la norma, sino el juez que "debe" imponer la sanción⁸⁶.

Herbert Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), fue hijo de un sastre judío de ascendencia polaco-germana. Se educó en "Bradford Grammar School" y en el "New College" de Oxford, donde se inició con brillo en los clásicos griegos. Ejerció como abogado. Durante la guerra, al ser no apto para el servicio activo, trabajó en MI5. En este tiempo sus intereses giraron en torno a la filosofía y en 1945 fue nombrado tutor de filosofía en el "New College". Recibió fuerte **influencia** de la **filosofía del lenguaje**. En 1952, su amigo, John Langshaw Austin (1911-1960)⁸⁷, lo convence de postularse para la cátedra de jurisprudencia de Oxford, al renunciar el Profesor Arthur Goodhart. Fue elegido y ocupó la cátedra hasta 1969.

Hart renunció a su cátedra en ese año, y lo sucedió Ronald Dworkin, crítico de su filosofía del derecho. Se dedicó al estudio de Bentham. Algunos ensayos fueron publicados en "Ensayos sobre Bentham" (1982).

Como "Regius Professor of Jurisprudence" en la Universidad de Oxford fue desarrollando las lecciones que dieron origen al "**Concepto de derecho**" ("*The Concept of law*", Oxford, 1961, segunda edición póstuma de 1994).

⁸⁶ "una regla secundaria, dice Kelsen, —prescribe la conducta del autor del comportamiento calificado como ilícito por la norma— es un hecho superfluo, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria —la que se refiere a la sanción— contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa... la regla de derecho, según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción." KELSEN, Op. cit. "Teoría Pura del Derecho", p. 78

⁸⁷ John Langshaw Austin (1911-1960) militó en la llamada "filosofía del lenguaje ordinario" que tiene sus raíces y su principal desarrollo en Oxford. No confundir con John Austin (1790-1859), discípulo de Bentham.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

En su visita a Harvard en 1956-7 dirigió lecciones sobre "Positivismo y la separación de derecho y moral" (*"Legal Positivism and the separation of law and moral"* de la Harvard Law Review (1958)) y mantuvo famosa controversia con Lon Fuller.

Un esbozo de la réplica de Hart fue agregado en el "postscriptum" de la segunda edición de "El Concepto de Derecho". Al contrario de lo que dice Dworkin sobre la integralidad e integridad del derecho, Hart precisa que cuando nos encontramos en aquella zona oscura de los enunciados jurídicos (reglas o principios), en la "textura abierta" —"marco abierto" del que habla Kelsen en su "Teoría Pura"—, "el derecho en estos casos es fundamentalmente incompleto" y no suministra "ninguna respuesta" para solucionar el caso concreto. En esa situación especial, el juez debe "*ejercer aquella función restringida de creación de la ley que consiste en el uso de su arbitrio o buen juicio, es decir, lo que he llamado discreción.*"⁸⁸

Hart es considerado uno de los exponentes principales de la tendencia analítica⁸⁹ en los estudios jurídicos. En la línea metodológica del moderno *philosophical analysis* inglés, pone de relieve las peculiaridades del lenguaje jurídico, con el cual se procede a cualificar sobre la base de normas preconstituidas.

El modelo del derecho como órdenes respaldadas con amenazas (Austin-Kelsen) no reproduce las características de un sistema jurídico. Tal modelo fracasa porque la idea de regla difiere de: órdenes, amenazas, obediencia y hábitos. Hart propone diferentes tipos de reglas:

- » Básicas o primarias: imponen deberes que prescriben hacer u omitir ciertas cosas
- » Secundarias: permiten a) introducir nuevas reglas, b) extinguirlas, c) modificarlas o d) determinar su efecto. Son "normas sobre normas".

Categoría importante, dentro del "Concepto de Derecho" de Hart, es la de "reglas secundarias" y, dentro de ellas, la "regla de reconocimiento". Las reglas primarias y secundarias "articulan" las "relaciones humanas" y el "ordenamiento jurídico". En sistemas sociales adelantados, según el teórico

⁸⁸ HART, "El Concepto de derecho" (2ª edición), postscriptum. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

⁸⁹ La filosofía como análisis del lenguaje que se desarrolla en Cambridge (Russell, Frege, Moore), Oxford (Ryle, J. L. Austin, Strawson) y Viena (Carnap, Neurath, Waismann) y con Wittgenstein, itinerante entre las tres, tiene antecedentes, en la historia de la filosofía, en la vieja disputa sobre la existencia de los universales y en las diversas formas de nominalismo. La escuela de Oxford, que hace un análisis del lenguaje más constructivo que la de Cambridge, se interesa más por el análisis del lenguaje ético, psicológico, religioso y científico que por el análisis del lenguaje ordinario, esto con el fin de establecer los límites precisos de significación en cada uno de ellos.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

de Oxford, como aspecto último de validez de la estructura jurídica, existe una "regla de reconocimiento" que establece criterios dotados de autoridad para la identificación de las reglas válidas en cada sistema jurídico.

Esta "regla de reconocimiento", reemplaza la norma básica de Kelsen: a) el hábito general de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado (interior de la norma básica) no es una norma "supuesta" o una norma "hipotética", pues la cuestión sobre la validez de un sistema jurídico es una cuestión de hecho; b) el contenido de la norma básica no es el mismo para todos los sistemas jurídicos, como en Kelsen, porque los criterios de validez dependen de las particularidades del reconocimiento de cada sistema jurídico; c) se usa el término "regla de reconocimiento" en lugar de "norma básica" para darle solución al conflicto que surge cuando tenemos una regla de derecho particular válida y, al mismo tiempo se acepta como moralmente obligatoria una regla moral que prohíbe la conducta prescrita por esa regla jurídica; d) "La regla de reconocimiento" es, en "sentido importante", una "regla última" dentro de la cual hay varios criterios clasificados: "en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo"⁹⁰; e) "un criterio de validez" es "supremo", "si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema."⁹¹

Hart introduce la regla secundaria denominada "reglas de cambio". Estas reglas facultan para introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto reglas anteriores. Para él el órgano legislativo no es ilimitado, por la obligación de cuidado del bien colectivo genera la actitud de respaldo general de la comunidad: "regla primaria de obligación". Mientras el juez tiene un poder de adjudicación que desarrolla "regla general secundaria de adjudicación".

La "textura abierta" es otra categoría importante para definir la estructuración de la sentencia en términos hartianos. ¿Qué pasa cuando las reglas no alcanzan a reconocer o clasificar los casos particulares como "ejemplos de términos generales"⁹², de tal manera que, frente a ellos, hay tantas razones para afirmar como para negar qué se aplica? Esta dualidad entre certeza y penumbra frente a una misma regla dificulta, si no obstaculiza del todo, colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esa cara de penumbra o de "textura abierta" afecta a todas las

⁹⁰ HART, "El concepto de derecho", (traducción al castellano de Genaro Carrió aprobada por Hart en 1963), Abeledo-Perrot, BsAs, (reimp.) 2004, p. 132

⁹¹ Id. ib.

⁹² Id. ib.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

reglas, y aún, hasta la regla de reconocimiento. Tal vaguedad de las reglas es considerada como "textura abierta" y le permite a Hart no "incurrir en el vicio de "conceptualismo" o "formalismo"⁹³ porque el juez puede partir de la regla que el mismo caso dicta.

Modelo de sentencia basado en la justificación axiológica:

Juzgar



Ronald Myles Dworkin (1931-2013).

Obtuvo su primer grado en filosofía en la Universidad de Harvard y, con posterioridad, otro grado en filosofía y teoría del Derecho en Oxford. Regresó a Harvard para estudiar Derecho, donde obtuvo su licenciatura, y luego ejerció en importante firma de abogados. Se desempeñó como profesor de derecho en la Universidad de Yale desde 1968. En 1969, con el apoyo de Hart, fue nombrado su sucesor en la Universidad de Oxford. Asimismo, fue profesor de la Universidad de Londres junto con los seminarios en la Universidad de Nueva York, compartidos con Thomas Nagel y Jürgen Habermas.

Dworkin pretendió construir una teoría del derecho que no excluyera ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico, basándose en la filosofía de John Rawls y en los principios del liberalismo individualista. Su afán de buscar los cruces e interrelaciones entre moral, política y derecho recuerda

⁹³ "La falta de certeza, precisa Hart, en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho... Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores)... Los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar." HART, op. cit. "El concepto de derecho", p. 153



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

la preocupación de los clásicos por no hacer compartimientos estancos. Persiguió un modelo liberal basado en los derechos y la tensión entre comunidad e individuo. Está preocupado por superar las acusaciones de individualismo y de ruptura entre los fines sociales y los fines individuales del pensamiento y las prácticas del liberalismo. Sigue siendo un liberal, pero reivindica la idea de comunidad y replantea los principios rectores del liberalismo, convencido de que el derecho es un camino apropiado para lograr su eficacia sin los vicios excluyentes del viejo egoísmo social.

Fue un crítico de las escuelas positivista y utilitarista, ya que, por un lado, considera que una teoría general del derecho no puede separar la política de la ciencia descriptiva del derecho, y, al mismo tiempo, propone una teoría fundada en los derechos de los individuos, que son los protagonistas del derecho. Sin ellos, el derecho es impensable.

Fue un filósofo del derecho que dio enorme importancia a los hechos constantes como fuente de conocimiento. Particularmente, se enfoca en la realidad que se vive en el campo de la jurisprudencia y en las decisiones de los jueces. A partir de allí, construye sus nociones sobre el Derecho y sobre la justicia⁹⁴.

Rechaza tanto las posturas realistas como las positivistas: considera "peligrosa" la doctrina de la separación entre derecho y moral. En cuanto a los principios, por ejemplo, Igualdad, se refieren a la justicia y a la equidad. Su contenido material (su "peso específico") es el que determina cuándo deben ser aplicados; al mismo tiempo las directrices, o políticas relacionadas con los fines del Estado precisan los objetivos sociales, de tal manera que algunos estándares morales son criterios de validez jurídica (a diferencia de Hart), y están en la misma Constitución: justicia y equidad.

En contraposición a la perspectiva de las reglas, de Hart, propuso un modelo basado en principios desplazando la tendencia de la teoría del Derecho positivista formalista hacia una perspectiva fundamentada en la argumentación⁹⁵. Para Hart, en la "estructura abierta" del derecho, existen varias respuestas correctas a un caso difícil, es decir, hay un alto margen de

⁹⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio", Ariel, Barcelona, 1997, pp. 58-59.

⁹⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. ¿Es el Derecho un sistema de reglas? Trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., en Cuadernos crítica, No. 5, México: Universidad Autónoma de México, 1977, pp. 14 - 19.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

discrecionalidad del juez. Para Dworkin, el juez lo puede todo, es Hércules, siempre tiene una respuesta correcta para cada caso, pues, existe una respuesta que es la mejor interpretación posible. Lo anterior se debe que el juez no puede dictar normas, en una sociedad democrática⁹⁶.

Dworkin propone el siguiente método en la estructuración de la sentencia⁹⁷:

1. Acudir a los principios. Pero: estos entran en conflicto. No hay jerarquía preestablecida.
2. El juez debe ponderar (balancear) los principios, a través del razonamiento judicial, y escoger el que tiene más peso y reconstruir la teoría (labor reconstructiva).
3. Propone un modelo de juez omnisciente (conoce todas las cosas): Hércules

Rober Alexy

Robert Alexy nació en 1945 en Oldenburg (Alemania). En 1968 inició estudios simultáneos de Filosofía y de Derecho en la Universidad Georg-August de Gotinga, donde recibió la influencia Günther Patzig (1928), miembro de la Academia de Ciencias de Gotinga, de quien adoptó el concepto de "*hecho normativo*". Desde 1973, tras el primer examen de estado, Alexy trabajó durante tres años en su tesis de doctorado: "*Teoría de la argumentación jurídica*", para la cual contó con la orientación del filósofo del derecho Ralf Dreier. Recibió igualmente la influencia de los destacados representantes de la Escuela de Frankfurt Jürgen Habermas y Otto Apel. Este trabajo fue publicado por primera vez en 1978 en Frankfurt A partir de entonces Alexy hizo de la filosofía del Derecho su profesión. "*Siempre me he sentido satisfecho con esa decisión. Hasta el día de hoy, nunca me he aburrido con mi profesión*", confesaba en 1989 a su discípulo y traductor Manuel Atienza⁹⁸.

En 1978, obtuvo en Gotinga por oposición, la cátedra el Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho. La "*Teoría de los Derechos Fundamentales*" fue el tema de su tesis para acceder a la cátedra. Desde 1986

⁹⁶ DWORKIN, Ronald *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, 2005. Prefacio, pp. 11-13.

⁹⁷ Ib. Id.

⁹⁸ ATIENZA, Manuel (1989). *Entrevista a Robert Alexy*. Universidad de Alicante: Doxa-Espagrac. Edición electrónica.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

ocupa en la Universidad Christian Albrecht de Kiel la cátedra de Derecho Público y Filosofía del Derecho. Desde 1991 es miembro ordinario de la Sociedad de Ciencias Joachim Jungius de Hamburgo. En 1992 publicó el Libro "El concepto y la validez del Derecho". Los trabajos de Alexy han sido traducidos a 16 lenguas. Desde 1994 visita frecuentemente a Colombia, su última participación en evento nacional es de 2019, auspiciado por varias universidades y la Corte Constitucional.

En 2008, la Universidad de Alicante le otorgó el Doctorado Honoris Causa, junto con los Maestros Elíaz Díaz, ya mencionado en la difusión de la tridimensionalidad de Derecho; Ernesto Garzón, argentino, dedicado a la filosofía moral y la filosofía del derecho; y Eugenio Bulygin, ucraniano, radicado en Argentina, consagrado a la lógica y metodología jurídica. Con este último, Alexy debatió acerca de las relaciones entre derecho y moral.

A fin de perfilar la obra y la personalidad filosófica de Alexy, detengámonos en algunos rasgos señalados por él mismo en su entrevista con Manuel Atienza: 1) el positivismo jurídico es una posición filosófica que se seguirá discutiendo, pues puede ser un instrumento de lucha política a favor de la democracia y de la neutralidad del derecho; sin embargo, el no positivismo resulta más adecuado en un Estado constitucional democrático. 2) Es importante rescatar las posturas finalistas de Gustav Radbruch y Lon Fuller, especialmente la insistencia de éste sobre la conexión necesaria entre derecho y moral. 3) Como teorías del paradigma constitucionalista, existen muchas cosas comunes entre Dworkin y Alexy, pero la armazón conceptual de ambas teorías es bien distinta. 4) Aunque el joven Alexy parece centrar su filosofía en el discurso, su obra entera no descuida el papel del derecho en la vida social: el discurso no tendría ninguna fuerza sin lo real. 5) Alexy recibió la influencia tanto de Habermas como de la filosofía analítica; pero intenta una síntesis. 6) Sin embargo, Alexy difiere de Habermas, aunque la intención básica es la misma, en la teoría de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, en la cual da importancia al principio de proporcionalidad y de ponderación. 7) Alexy acepta que se pueden distinguir principios que tienen como objeto los derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos, y defiende una prioridad *prima facie* de los primeros, lo que da lugar no a un orden estricto, sino a un orden débil. La solución de colisiones no es posible sin ponderación. 8) Según Alexy los tres mayores pensadores de la filosofía del derecho son: Aristóteles, Hobbes y Kant. El primero por su análisis teleológico de la acción humana y de la justicia. 9) Considera como los tres mayores filósofos del derecho del siglo XX a Kelsen, Radbruch y Hart (pero querría no olvidar a Alf Ross).



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

- » Su obra se sitúa en el contexto de una teoría completa del Estado y del Derecho. En Alemania, la teoría del derecho se enmarca en una teoría del Estado.
- » Está influenciada por una teoría crítica de la sociedad
- » Espera que las decisiones jurídicas no sean sólo correctas, sino correctas "bajo el supuesto del orden jurídico vigente" (1989)

El neoconstitucionalismo es Movimiento jurídico y político de las últimas décadas del siglo XX, que se caracteriza por el reconocimiento legal de los principios fundamentales del Estado constitucional democrático (*Robert Alexy. Los derechos fundamentales en el Estado democrático. En: Neoconstitucionalismo(s)*)⁹⁹:

1. Dignidad humana
2. Libertad
3. Igualdad
4. Estos condicionan las normas relativas a la **estructura** y **fin**es del Estado de derecho, democrático y social

En Colombia: ARTICULO 1 CP/91 sirve para considerar que se trata de un verdadero Estado Constitucional en perspectiva alexeyana: "*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en 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.*"

99 CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2003.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

"MAXIMIDAD" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEXY:

La "maximidad" atribuida a los derechos fundamentales reviste cuatro formas: 1) máximo rango, 2) máxima fuerza, 3) máximo contenido, 4) máxima indeterminación.



La pretensión de corrección en la estructuración de la sentencia. *"Esta pretensión —precisa Alexy— no es una pretensión específicamente jurídica. Está enraizada en todo tipo de razonamiento, y en la medida en que razonar, esto es, afirmar, debatir y preguntar, es un componente necesario de la forma humana de vida, se funda en la naturaleza humana."*¹⁰⁰

100 Op. cit., p. 73.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Modelo de sentencia desde la sociología del Derecho:

**VER Y ACTUAR (consecuencias
de la decisión)**



Miniaturas de Teoría del Derecho basadas en el modelo de decisión socio-jurídica

Nancy Fraser

Nació en 1947 en Estados Unidos, Baltimore (Maryland). es filósofa especializada en filosofía política y activista del feminismo. Profesora de filosofía política en la Universidad de New York. Sus influencias son la crítica de la sociedad, desde la perspectiva de la Escuela de Frankfurt, segunda etapa, Jürgen Habermas; y el postestructuralismo de Michel Foucault. Lo que define su tendencia hacia una teoría de la sociología política y del derecho críticas.

Las categorías de Fraser son: a) "Condición postsocialista": "agotamiento de energías utópicas" (inspirada en Habermas). Lo que se traduce en el reconocimiento de la ausencia de alternativas progresistas a la actual situación; exageradas desigualdades materiales (ingresos y propiedad, acceso al trabajo remunerado, educación, salud y recreación, alimento, entornos tóxicos) ausencia de proyectos emancipatorios + proliferación de frentes lucha= más escisión entre políticas de reconocimiento y de distribución; se alejan las pretensiones de igualdad; b) reconocimiento de identidades: mujeres, LGBTIQ, étnico/raciales, luchas por democracia



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

radical, multiculturalismo, se aleja del tema de clase, izquierda cultural, el reconocimiento de las identidades diversas, las cuales hacen parte de su concepto de justicia, reconocimiento contra injusticias culturales o simbólicas; c) redistribución de la riqueza.

Los principios respecto de la identidad de género en la perspectiva de Fraser son:

1. Antipobreza
2. Antiexplotación
3. Igualdad de ingreso
4. Igualdad de tiempo libre
5. Igualdad de respeto
6. Antimarginación
7. Antiandrocentrismo

Estos ppios. Se interrelacionan dependiendo del contexto y la equidad de género implica atender a múltiples objetivos, potencialmente conflictivos. Una estructuración de la sentencia puede integrar en la parte motiva tales principios y categorías en la medida en todos los casos en que están involucrados la perspectiva de género, enfoque diferencial y la pobreza.

Roberto Mangabeira Unger (1947)

Teórico del Derecho nacido en Río de Janeiro, Brasil. Cofundador del Critical Lega Studies junto con Duncan Kennedy. Se gradúa de la facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro en 1969. Fue admitido como estudiante de postgrado en Harvard Law School. Pronto fue reconocido y se le ofreció enseñar contratos en el Doctorado de esa institución. Con 29 años de edad ya Harvard lo consideraba no solamente para enseñar en Derecho, sino también en filosofía y teoría social. Su obras más conocidas en nuestro medio es *Conocimiento y política* (1975) editada por el Fondo de Cultura Económica de México y *El Derecho en la sociedad moderna* (1976).

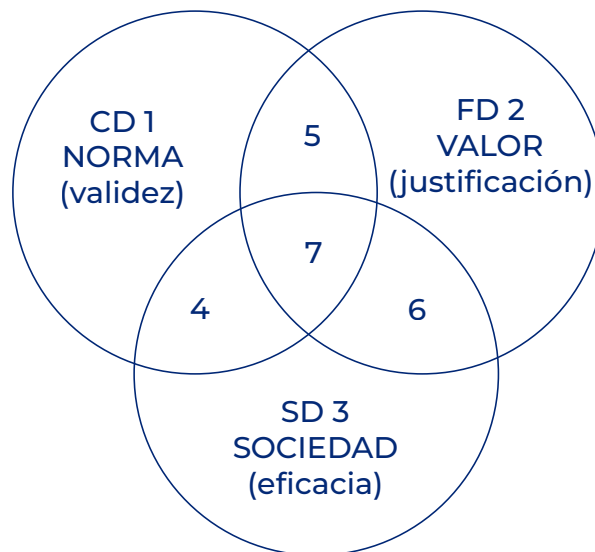
Critica la filosofía política liberal que, según él, redujo el mundo a antinomias falsas: reglas versus palores, razón versus deseos. Combate también la idea de la relación natural entre lo legal, lo político y económico. Se trata de



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

relaciones sociales materializadas por la voluntad política y los intereses en juego. Estas obras sirvieron de base para el nacimiento de los Estudios Legales Críticos (Critical Legal Studies).

Las sentencias pueden integrar varias teorías en diálogo: 4 (diálogo sociológico), 5 diálogo (iusfundamental), 6 (diálogo axiológico), 7 (máximo diálogo). Miremos el esquema:



Algunos modelos con vocación de diálogo:

- » Sentencia con respuesta correcta para cada caso: ultrarracionalismo de Dworkin.
- » Sentencia y pretensión de corrección: Teoría de la Argumentación de Alexy; Habermas: teoría del consenso por convicciones motivadas.
- » Sentencia basada en “marco de aceptación libre de motivación”, Luhmann.
- » Sentencia basada en convicciones personales (políticas, morales, culturales, religiosas, etc.): Realismo norteamericano.
- » Sentencia basada en intereses económicos (elección racional (Posner)).
- » Sentencia basada en cuestiones sociales coyunturales: Critical Legal Studies.
- » Sentencia basada en la reconstrucción verídica de los hechos (Wroblek y Taruffo).



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

2.2 NÚCLEO PROBLÉMICO Y TÉCNICA DE FORMACIÓN JUDICIAL

NÚCLEO PROBLÉMICO	Modelos teóricos de la Estructura de la sentencia
PROBLEMAS PROBLEMAS	<ul style="list-style-type: none">● ¿Habrá un modelo teórico que permita estructurar la sentencia de manera adecuada?● ¿Qué importancia tiene identificar un modelo teórico en estructura de la sentencia?● Nuevo problema formulado por el discente.
RECURSOS PARA RESOLVERLOS	TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL
CASO CERRADO	<p>A partir de dos decisiones judiciales de jueces(as) y/o magistrados(as) especializados(as) se identifican los elementos del modelo teórico estructurante de la sentencia.</p> <p>Identificar Kelsen, Hart así como se puede encontrar los aspectos de la teoría del derecho de Dworkin en la Corte, por ejemplo: SU-214 de 2016: "Parafraseando la metáfora de Ronald Dworkin (novela en cadena)^[48], la interpretación judicial que realiza esta sentencia en el sentido de extender la figura del matrimonio civil para todos, sin discriminación por motivos sexuales, continúa la obra jurisprudencial pronunciada por la Corte Constitucional desde sus inicios, con la finalidad de interpretar todos sus precedentes y la Sentencia C-577 de 2011 particularmente y culminar una evolución jurisprudencial singular y unificada que proporciona la mejor interpretación constructiva de los derechos de las parejas del mismo sexo, vista como una narrativa jurisprudencial en desarrollo" (se repite en Auto 021/17, solicitudes de nulidad de la Sentencia SU-214 de 2016 e incidente de impacto fiscal)</p> <p>Argumentación judicial. El/la discente elaborará una línea jurisprudencial en la que se identifique un modelo teórico en la estructuración de las decisiones en la línea elaborada.</p>



2.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN

TÉCNICAS DE EVALUACIÓN

- El/la discente hará un estudio de los casos propuestos para resolver los problemas planteados.
- El/la discente elaborará un gráfico tomando como base las líneas jurisprudenciales identificadas
- El/la discente formulará un nuevo problema sobre el tema de la Unidad.

2.4 RECURSOS DIDÁCTICOS

Cuestionarios

Ciencia del Derecho

Kelsen

¿En Colombia, cuál es la NORMA FUNDAMENTAL?

Ayuda definitoria: *"La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral y otro cualquiera"*¹⁰¹.

*"Si una condición determinada conforme a la primera Constitución histórica se cumple una consecuencia prevista en la misma forma debe ser ejecutada"*¹⁰². La norma fundamental, pues, equivale al siguiente imperativo hipotético: *"si aceptas al legislador que ha creado el orden jurídico, debes atenerte a sus disposiciones"*¹⁰³. *"Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del Derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz"*¹⁰⁴.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 1979, pp. 77 – 78.

¹⁰² KELSEN, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰³ *Ib. Id.*

¹⁰⁴ KELSEN, *op. cit.*, p. 143



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Hart

1. ¿Por qué es tan difícil dar una definición de “derecho”? (a diferencia de una definición de medicina, biología, etc.
2. ¿Cuáles son los diferentes tipos de reglas que “todo hombre culto” puede diferenciar?
3. ¿Cuáles son, y en qué consisten, los problemas recurrentes que se presentan cuando se trata de definir el derecho?

Cuestionario de miniaturas basadas en la justificación axiológica del Derecho

Dworkin

¿Cuál es el modelo del Derecho propuesto por Dworkin?

¿Cuál es el método propuesto por Dworkin para la estructuración de la sentencia?

Alexy

Remitimos, muy amablemente, a las aplicaciones y ejercicios de la primera unidad y la tercera.

Perspectiva de la sociología del Derecho

De la perspectiva sociológica en cabeza de Fraser y el Critical Legal Studies encontramos dos aplicaciones muy importantes en el presente Módulo: análisis empírico de la estructura de la sentencia correcta (primera Unidad) y en la motivación de la sentencia (tercera unidad).

2.5 RESPUESTAS

Kelsen: la norma fundamental en Colombia es la primera Constitución. En nuestro caso histórico sería formalmente la séptima papeleta que dio origen al cambio constitucional.

Hart: a) es difícil dar una definición de Derecho a diferencia de la medicina o la biología porque se trata de una ciencia sobre la conducta humana en relación con el concepto del “deber”; b) las reglas son primarias y secundarias.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Las primeras den origen a obligaciones o deberes (coerción y coacción); las demás, son las que reconocen el aspecto del derecho no coercitivo y son del reconocimiento, cambio y adjudicación (operan de manera análoga a la moral: por deber, no conforme el deber); c) los problemas recurrentes al definir al derecho son tres: la tendencia a considerar el derecho basado en órdenes respaldadas con amenazas, considerarlo sin relaciones con la moral y la política y no tener en cuenta que el derecho es aplicado por los ciudadanos sin necesidad de la coerción (reglas secundarias).

Dworkin: a) el modelo propuesto es el de los principios que definen todo el sistema jurídico convirtiendo al juez en Hércules: si el se basa siempre en ellos no tendrá vacíos, la textura abierta no existe y dará siempre una respuesta correcta para cada caso; b) el método propuesto por este autor es: 1) acudir a los principios; 2) el juez debe ponderar (balancear) los principios, a través del razonamiento judicial, y escoger el que tiene más peso y reconstruir la teoría (labor reconstructiva); 3) el juez debe ser omnisciente (conoce todas las cosas): Hércules.



UNIDAD 3 LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: HACIA UN MODELO DE DECISIÓN RESPONSIVO E INCLUYENTE (ACTUAR)

OBJETIVO GENERAL

La presente unidad persigue que el discente desarrolle competencias para motivar la decisión judicial.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

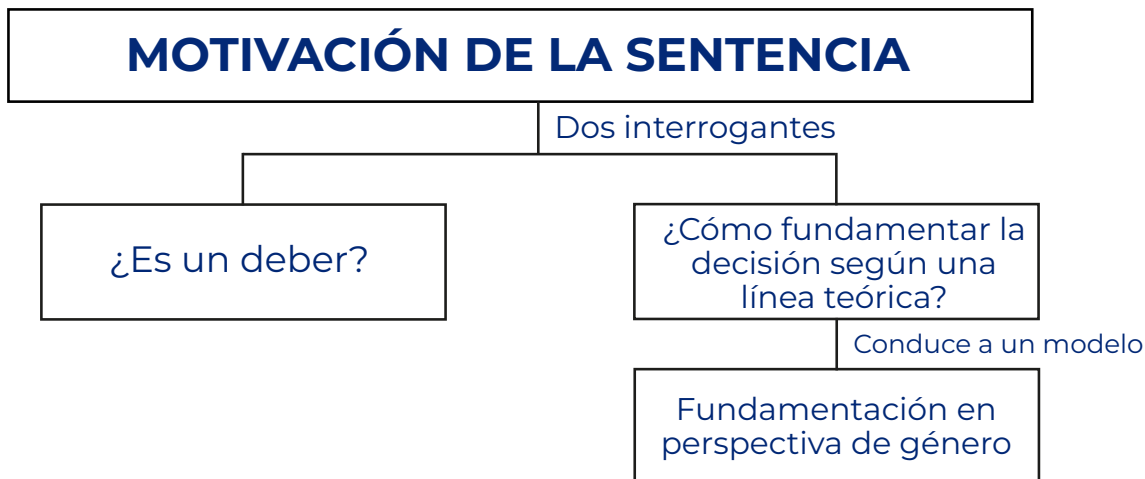
- Comprender el deber de la motivación de la sentencia.
- Identificar los elementos necesarios según una perspectiva teórica para fundamentar la sentencia.
- Formular una motivación en perspectiva de género

COMPETENCIA ESPECÍFICA

Capacidad de comprender la necesidad de la motivación de en la estructura de la sentencia



3.1 MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 3



3.2 INTRODUCCIÓN

Toda estructura de una decisión judicial tiene como punto de partida el deber de motivación. Bajo esta premisa se estructurará este capítulo en tres partes. Primero, se realizará un estudio de los fundamentos constitucionales, normativos y jurisprudenciales del deber de motivación en Colombia. Para ello se estudiará la Constitución Política de 1886, la Constitución Política de 1991, la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996. Segundo, se hablará del deber de motivación desde la visión de cinco autores: H. L. A. Hart, Robert Alexy, Paul Kahn, Richard Posner y Duncan Kennedy. Y tercero, una vez abordado el aspecto normativo y teórico, se procederá a analizar este deber de motivación en un caso en concreto: cómo fundamentar y motivar las decisiones aplicando perspectiva de género. En este acápite se citarán a las juristas y feministas Alda Facio e Isabel Cristina Jaramillo, y se tomará como bases las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y las investigaciones de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial.

Aspecto normativo en Colombia

El artículo 161 de la Constitución Política de Colombia de 1886 consagraba que toda sentencia debía estar motivada¹⁰⁵. La obligación de los jueces de fundamentar y justificar sus decisiones judiciales constituía un mandato

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1886 (5, agosto, 1886). Bogotá D.C., 1886.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

constitucional al estar contemplado directamente en la Constitución Política de 1886. Con la Constitución Política de 1991 este deber ya no se encuentra consagrado de forma explícita. No obstante, la Corte Constitucional al interpretar el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 ha establecido que, "la motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso"¹⁰⁶. La Corte Constitucional de la anterior interpretación determinó que:

"La motivación, por todo lo expuesto, es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales"¹⁰⁷.

Del artículo 55 inciso 1 de la Ley 270 de 1996 se deriva el deber de motivación exigido por los jueces en sus sentencias. La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de esta norma declaró su exigibilidad y fijó como regla de derecho que, los jueces deben analizar "todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto"¹⁰⁸.

Desarrollo jurisprudencial del deber de motivación

La Corte Constitucional mediante su sentencia fundadora C-037 de 1996 analizó la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996 y determinó que los jueces y las juezas están en la obligación de analizar los hechos y los

¹⁰⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-214 (16, marzo, 2012). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 4.1 [Consultado: diciembre 9 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-214-12.htm#:~:text=La%20motivaci%C3%B3n%20de%20los%20fallos,concreta%20derivada%20del%20debido%20proceso.&text=En%20el%20estado%20constitucional%20de%20derecho%2C%20la%20motivaci%C3%B3n%20adquiere%20mayor%20importancia>.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 4.6

¹⁰⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 (5, febrero, 1996). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., p. 164 [Consultado: diciembre 9 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

asuntos planteados dentro del debate judicial. Es indispensable que sustenten debidamente las razones para decidir apartarse o aprobar los cargos que fundamentan el caso en concreto. En la sentencia T-970 de 1999 este tribunal estudió el caso de un proceso de restitución de inmueble arrendado en el que el juez civil municipal de Paipa no fundamentó su sentencia ni realizó el análisis fáctico ni probatorio. La Corte determinó que se violó el derecho al debido proceso por no motivar la providencia la cual carece de fundamentos probatorios y jurídicos¹⁰⁹. Posteriormente, en la sentencia T-468 de 2003 la Corte fija las siguientes reglas de derecho cuando los jueces y las juezas se vayan a apartar del precedente:

“Todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente **motivado**, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de **control** sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa”¹¹⁰

En la sentencia T-247 de 2006 desarrolla más el deber de motivación y explica cuáles son las consecuencias de no cumplir con esta exigencia. En esta oportunidad la Corte conoció el caso de un proceso laboral de fuero sindical en el que la demandante alegó violación a su derecho al debido proceso e igualdad, ya que la providencia del Tribunal Superior de la Judicatura carece de todo fundamento fáctico y jurídico. Las reglas de derecho fijadas por la Corte Constitucional¹¹¹ fueron las siguientes. Primero, el deber de motivación se desprende la expresión “con observancia de la plenitud de las formas” contemplada en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991. Segundo, la exigencia de motivación de las sentencias judiciales es presupuesto de la garantía de doble instancia. En el evento que no se cumpla con este deber constitucional y legal, i) se privaría a las partes del ejercicio efectivo de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico; ii) se desconocería el elemento de legitimación de la actividad

¹⁰⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-970 (2, diciembre, 1999). M.P., Alberto Beltrán Sierra [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., f.j. 3.3 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-970-99.htm>

¹¹⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-468 (5, junio, 2003). M.P., Rodrigo Escobar Gil [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 46 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-468-03.htm>

¹¹¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-247 (28, marzo, 2006). M.P., Rodrigo Escobar Gil [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., f.j. 3 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-247-06.htm>



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

jurisdiccional y, iii) la decisión judicial sería fruto del arbitrio del juez, mas no el resultado de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso.

La Corte Constitucional en el año 2012 establece que la motivación de los fallos judiciales constituye tanto un deber para los jueces y las juezas como un derecho fundamental de los ciudadanos "La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa"¹¹². En esta misma sentencia, la Corte explica cómo se debe fundamentar las decisiones judiciales mediante un silogismo jurídico:

"Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso"

En la sentencia SU-635 de 2015 la Corte estudio una acción de tutela en contra de la decisión judicial de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil que inadmitió el recurso extraordinario de casación civil. La providencia que se demanda incurrió en un defecto sustantivo por insuficiente motivación y, por tanto, afectó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. La Corte Constitucional abordó la falta de motivación como causal de procedencia de la acción tutela para proteger el derecho al debido proceso. Al respecto mencionó que "La falta de motivación, como causal de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, tiene como finalidad proteger los derechos de los ciudadanos de obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, permitiendo de esta manera, ejercer efectivamente el derecho de contradicción"¹¹³. Por último, en su sentencia más reciente T-019 de

¹¹² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 214 (28, marzo, 2012). M.P., Luis Ernesto Vargas Silva [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 4.1 y 4.2 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-214-12.htm#:~:text=La%20motivaci%C3%B3n%20de%20los%20fallos,concreta%20derivada%20del%20debido%20proceso.&text=En%20el%20estado%20constitucional%20de%20derecho%2C%20la%20motivaci%C3%B3n%20adquiere%20mayor%20importancia.>

¹¹³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-635 (7, octubre, 2015). M.P., Jorge Ignacio Pretelt [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 2.4.2 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU635-15.htm>



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

2020, la Corte estableció que, si un juez decide aparte de un precedente judicial, en materia de control concreto de constitucionalidad (tutea), debe fundamentarse y explicar las razones bien sea por: "(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial."¹¹⁴

Aspecto teórico

En esta primera parte se analizará el carácter problemático de la fundamentación de las decisiones judiciales. Para ello esta investigación se basará en cinco autores. Primero, se hará referencia a la obra *El concepto de Derecho*, de Herbert L. A. Hart; posteriormente, se analizará la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy¹¹⁵ en la que desarrolla una teoría analítico-normativa del discurso jurídico y del análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones. En tercer lugar, se abordará la obra *Construir el caso: el arte de la jurisprudencia* del autor Paul Kahn quien sostiene que, "una sentencia, en contraste, es un ejercicio de persuasión. Cuando una corte escribe una sentencia, cree que lo hace con la obligación de persuadir"¹¹⁶ y en esta actividad influyen factores socioculturales. Cuarto, recurriremos al autor Richard Posner y su obra *Cómo deciden los jueces* cuya idea principal sobre el deber de motivación es que esta labor está condicionada a unos criterios. Y finalmente, estudiaremos al autor Duncan Kennedy en su escrito *Libertad y Restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*¹¹⁷.

Robert Alexy

Alexy¹¹⁸ en su obra *Teoría de la argumentación jurídica* desde el inicio estableció que, una decisión jurídica no siempre se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes. Esta situación se da por cuatro razones. Primero, la vaguedad del lenguaje jurídico; segundo, la posibilidad de conflictos con normas;

¹¹⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-019 (27, enero, 2020). M.P., Alberto Rojas Ríos [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 3.9 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-019-20.htm>

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 35

¹¹⁶ KAHN, Paul W. *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2017. p. 57

¹¹⁷ KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1999.

¹¹⁸ ALEXY, Óp. Cit., p. 23-24



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

tercero, el hecho de que existan casos que necesitan regulación jurídica pero no hay norma vigente; y, cuarto, la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales. Adicional a estas razones, Hans Kelsen señala, por un lado, "la indeterminación de los actos de aplicación del Derecho y, por otro lado, la discrepancia entre la voluntad y la expresión de la autoridad normativa"¹¹⁹. Sobre la indeterminación ha sostenido Alexy que, "una regla como <<interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo>> puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión"¹²⁰. Lo anterior no significa que carezca de valor, pero impide que sea considerada como regla suficiente para la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Cuando haya casos particulares que no se resuelvan lógicamente de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados o de las reglas de la metodología jurídica, entonces Alexy¹²¹ afirma que, el decisor le queda un campo de acción para que elija varias soluciones, a partir de normas jurídicas, de reglas metodológicas, e incluso de puntos de vista valorativos formulados en la Constitución o en otras leyes, o expresados en numerosas normas o decisiones, las cuales son relevantes para la decisión a tomar. Este tipo de discusiones jurídicas –las deliberaciones judiciales– están institucionalizadas y hacen parte de la <<ciencia jurídica dogmática>> y del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general.

Alexy¹²² nos habla de la pretensión de corrección que está relacionada con la obligación de los jueces a fundamentar sus decisiones. Esto se ve reflejado, por ejemplo, cuando hay deliberaciones en las que se discute larga e intensamente sobre la corrección de una decisión y la búsqueda de una decisión correcta. Por ello, en los discursos jurídicos siempre se trata de justificar las decisiones. Esta acción de justificar se divide en dos aspectos: justificación interna y justificación externa. Alexy¹²³ en su obra explica que, los problemas que conciernen a la justificación interna se discuten bajo el rótulo de <<silogismo jurídico>>. De lo anterior, Alexy deduce las siguientes reglas:

"(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe acudirse por lo menos una norma universal.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2 edición, Wien, 1960, p. 348 "Citado por: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. P. 24"

¹²⁰ *Ibid.*, p. 25

¹²¹ *Ibid.*, p. 32

¹²² *Ibid.*, p. 208-210

¹²³ *Ibid.*, p.214-222



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

(J.2.1) y (J.2.2) No establecen cómo deba ser la norma universal y tampoco excluyen que la norma universal sea cambiada, por ejemplo, mediante la introducción de una cláusula de excepción. Sin embargo, esta cláusula tiene de nuevo que valer universalmente (...) Si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla¹²⁴.

En la justificación externa encontramos sus formas y grupos de reglas que corresponden a: 1) la ley; 2) la dogmática; 3) precedente judicial; 4) razón; 5) empirie –argumentación empírica como hechos singulares, acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas, enunciados de las ciencias naturales y las ciencias sociales- y, 6) formas especiales de argumentos jurídicos. Sobre el uso del precedente –relevante para el presente caso-, Alexy¹²⁵ ha sostenido que, su fundamento lo constituye el principio de universalidad que exige tratar de igual manera a lo igual. Sin embargo, se presentan dos dificultades. En la primera, nunca hay dos casos completamente iguales. En la segunda, existe la posibilidad que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero el juez desea decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de dichas circunstancias.

En este segundo escenario rige el principio del respeto a los precedentes el cual exige que quien se aparte de ellos tiene la carga de argumentación. Alexy¹²⁶ basado en el *common law*, toma como referencia dos técnicas totalmente diferentes a la teoría de la distinción entre ratio decidendi y obiter dictum, para hablar de la fundamentación de las decisiones jurídicas. La primera, conocida como *distinguishing* sirve para interpretar de forma estricta la norma estudiada desde el precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho para seguir respetando el precedente. La segunda, denominada como *overruling*, consiste en el rechazo del precedente. En las dos técnicas se necesita razones jurídicas.

Paul W. Kahn

Paul Kahn¹²⁷ en su obra *Construir el caso*, al abordar la teoría del derecho comparado dominante, explica que el derecho y la cultura son dos campos sociales totalmente diferentes, aunque estén estrechamente vinculados.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 215

¹²⁵ *Ibid.*, p. 262-266

¹²⁶ *Ibid.*, p. 266

¹²⁷ KAHN, *Óp. Cit.*, p. 13



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

El derecho debe reflejar las culturas nacionales y/o supranacionales. Tanto los derechos y obligaciones, como las instituciones, los procedimientos y las normas sustantivas deben ser un vehículo que refleje y reproduzca la cultura. Por ello, como bien lo afirma Daniel Bonilla¹²⁸, esta obra se caracteriza por ser un ejercicio de análisis cultural del derecho y de saber escribir y leer una sentencia.

Kahn¹²⁹ nos habla del derecho y su "otro" del derecho. Esto es, lo que el derecho es y lo que no es. Para entender el derecho se debe comprender no solo lo que es, sino aquello que está fuera de su dominio, las diferencias y similitudes de las distintas culturas, el significado que tienen los jueces y la jurisprudencia en una cultura jurídica particular. Respecto a la jurisprudencia para Kahn¹³⁰ es un género literario. Los jueces en sus sentencias anuncian el significado del derecho, precisan y justifican el sentido de los mandatos jurídicos y hacen uso de las herramientas retóricas para persuadir a los ciudadanos. El derecho, en general, y la jurisprudencia, en particular, son una forma de ver y mantener una vida en común.

Kahn¹³¹ sostiene que, la arquitectura conceptual de la jurisprudencia está compuesta por cuatro categorías: a) voz; b) doctrina; c) hechos, y d) narrativa. En la categoría de la voz se cuestiona ¿Quién habla mediante la sentencia? "Para Kahn quien habla no es ni el magistrado auxiliar que efectivamente redacta la sentencia, ni el magistrado ponente que la dirige y revisa, ni la corte en nombre de quien se habla. Las sentencias exitosas son aquellas que persuaden al pueblo soberano de que estas son de su autoría"¹³². La voz judicial no habla el lenguaje de la razón abstracta, sino que expresa la voz del pueblo soberano. Por ello, Kahn afirma lo siguiente:

"La estructura de las sentencias, por ende, no es la del silogismo. Esta es una mala descripción de la manera como se construye una decisión judicial. La jurisprudencia no es producto de la razón deductiva que es puesta en operación eficazmente por un técnico del derecho. Cuando se construye un caso (...) la doctrina judicial, las cuestiones fácticas y sus nexos se construyen mediante un proceso interpretativo que tiene como fin la persuasión. En este proceso, el derecho aplicable se define en diálogo con los hechos que lo construyen (...) se articula mediante la ubicación de los hechos jurídicamente relevantes

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 19

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 22-23

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 33

¹³¹ *Ibíd.*, p. 35

¹³² *Ibíd.*, p. 36



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

en un contexto particular que sirve de base para la formulación de una narrativa que busca mostrarles a sus lectores, los ciudadanos, que la decisión que se toma no podría ser distinta"¹³³

El autor hace una crítica respecto a cómo escriben y fundamentan los jueces sus sentencias "(...) están volviéndose mucho más largas e incluyen más notas al pie de página. Con frecuencia hay una renuencia a hablar directamente. Las sentencias están compuestas por grupo de citas de sentencias anteriores. Es como si escribir una sentencia se hubiera vuelto una tarea de cortar y pegar"¹³⁴. Una de las soluciones que propone Kahn¹³⁵ es determinar los hechos jurídicamente relevantes y el derecho aplicable. La tarea que tiene la sentencia es dar un orden a la disputa sobre la sustancia del derecho, la adecuada caracterización de los hechos y el significado del derecho en esa situación particular. Los jueces justifican sus decisiones haciendo analogías y creando diferencias. No obstante, este tipo de razonamientos no puede hacerse en abstracto. Se requiere establecer un contexto que debe aparecer en la sentencia. De esta forma, se identificará qué tipo de caso es el que se discute y en qué línea jurisprudencial.

En la categoría de narrativa, Paul¹³⁶ explica los pasos a seguir para la redacción de una sentencia. Primero, tiene que seleccionarse el contexto en que se presenta el caso y se continúa con enunciación de los hechos del caso. Por ejemplo, alguien supuestamente sufrió un daño como consecuencia de otros. Queremos saber quién le hizo qué a alguien y bajo qué circunstancias –las sentencias toman prestados elementos del género de reportaje-. Segundo, para saber el significado del derecho, el juez puede investigar prácticas, tradiciones, expectativas y el desarrollo de políticas públicas. Pueden preguntarse por los orígenes de la legislación; pueden investigar las intenciones que no se concretaron o las consecuencias inadvertidas. En esta tarea, las sentencias que más llaman la atención son aquellas que ofrecen textos autoritativos: la Constitución, las leyes, los reglamentos y los precedentes canónicos. Enunciar el derecho exige más que transcribir el texto positivo. Y tercero, las sentencias tienen que establecer la relación entre hechos y derecho. Esto se logra mediante el uso de analogías y la creación de distinciones –género de la persuasión retórica-.

Para finalizar, Kahn¹³⁷ hace las siguientes conclusiones. Primero, una sentencia que se escribe de manera tan estrecha sin ofrecer recursos para ningún caso futuro simplemente desaparecerá. Y segundo, las

¹³³ *Ibid.*, p. 37

¹³⁴ *Ibid.*, p. 70

¹³⁵ *Ibid.*, p. 41, 74 y 75.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 79-80

¹³⁷ *Ibid.*, p. 82, 266



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

sentencias al ofrecer un recuento completo de los hechos y el derecho, el género literario al que se puede comparar es a un cuento. Se nos presenta unos personajes que enfrentan un problema. A lo largo de la sentencia, ese problema tiene que ser resuelto de una forma que nos deje con la sensación de orden, de que el problema ha sido resuelto justamente.

Richard Posner

De acuerdo a Posner¹³⁸, los jueces tienen completa libertad para decidir un caso como ellos desean, sin embargo, a la hora de tomar decisiones están constreñidos por condicionantes externos e internos que varían según el sistema judicial. Entre ellos se encuentran las siguientes limitantes. Primero, la reputación entre aquellos a quienes respeta y la calificación de su rendimiento individual a través de criterios cuantitativos. Segundo, las preferencias políticas, consideradas como factores legítimos en la resolución judicial de conflictos, implican identificar el partido político del presidente que hizo la postulación del juez o magistrado.

Tercero, las decisiones judiciales están a veces influenciadas por la raza, la religión, el género u otras características personales del juez. Cuarto, cuanto mayor sea la edad de los candidatos a ser juez, más predecible será su desempeño en el cargo. Quinto, las críticas que la comunidad jurídica haga de las decisiones judiciales constituye una forma de control más fino de la discreción judicial. Sexto, uno de los criterios para valorar cómo han desempeñado los jueces su función es el número de veces que un juez es citado por su nombre en las opiniones judiciales y en manuales de casos –case books-. Por último, se puede llegar a entender mejor la conducta de los jueces con dos factores: 1) la imposición de límites al tiempo de su ejercicio y 2) el aumento sustancial de sus salarios.

Por otro lado, para Posner la doctrina del precedente hace que los jueces presten más atención a las consecuencias de sus decisiones. Distinguir un precedente es una herramienta útil para justificar las decisiones. Posner considera que, “el uso constructivo del acto de distinguir consiste en afinar una regla establecida en un caso anterior a partir de una serie de elementos para la reflexión que son sugeridos a partir de las circunstancias del caso presente”¹³⁹. Si los casos son solo parecidos, lo que se debe cuestionar no es qué tanto se parecen, sino si, cualesquiera que sean las diferencias, estas dan lugar a que la decisión del caso previo sea inaplicable al nuevo caso. Se trataría de saber si estamos en presencia de casos <<distinguibles>>.

¹³⁸
¹³⁹

POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 141-177
Ibid., p. 208



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Posner concluye que, el asunto práctico es identificar qué parte del caso anterior se va a dejar tranquila, sin tocar. Esto depende de varias consideraciones, tales como: 1) qué circunstancias del caso pasado están relacionadas con el presente caso; 2) cuál es la regla implícita en el caso anterior y si se adecua a las nuevas circunstancias; 3) la deseabilidad de limitar las reglas creadas por los jueces a situaciones fácticas idénticas que dieron lugar a la aparición inicial de la regla. Estas consideraciones no pueden ser reducidas a una mera fórmula, más de lo que puede llegar a serlo la pregunta acerca de si la decisión que se tomó en relación con un caso puede llegar a ser anulada.

Duncan Kennedy

El jurista Duncan Kennedy¹⁴⁰ inicia por afirmar que el juez se encuentra en libertad y, al mismo tiempo, maniatado porque puede orientar su trabajo en la dirección que lo desee, pero restringido por la pseudo-objetividad de la aplicación de la ley, la cual podría superar o no. Kennedy¹⁴¹ planteaba que, la argumentación jurídica es la manipulación del material jurídico en el que se utiliza, por ejemplo, leyes, precedentes, argumentos de conveniencia pública, estereotipos sociales, representaciones históricas, cambio de jurisprudencia entre otros. Este material jurídico se caracteriza, por un lado, por no determinar *a priori* el resultado jurídico, y, por otro lado, ser un medio que restringe con bastante fuerza. Esta restricción implica realizar los siguientes interrogantes. Primero, ¿"Existen algunos resultados a los que definitivamente no podríamos llegar, siempre y cuando respetemos las reglas internas del razonar jurídico"? Segundo, ¿"Cómo es que restringe la ley una vez que se le concibe como un medio a través del cual un juez, liberal y activista, busca hacer justicia social"?¹⁴²

De los anteriores interrogantes, Kennedy¹⁴³ propone varias alternativas. Por un lado, habla del "poder legitimador". Este concepto consiste en el hecho de que el juez es capaz de reducir la distancia percibida entre lo que la ley exige y la decisión que va a tomar. Sin embargo, nada garantiza que ese poder legitimador, por sí solo, vaya a convencer a la gente de que esa decisión es la correcta. Ante esta situación, primero, se debe proyectar una opinión con argumentos jurídicos para reducir el déficit y convencer a los observadores de buena fe de que definitivamente era una percepción correcta y que efectivamente era lo que la ley ordena. Segundo, aumentar

¹⁴⁰ KENNEDY, Óp. Cit., p. 107

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 121 y 122

¹⁴² *Ibid.*, p. 122

¹⁴³ *Ibid.*, p. 128



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

el poder de persuasión al punto que, se pueda hacer un “precedente fundamental –leading case–” para que sea citado con posterioridad, cada vez más a medida que pasen los años.

La segunda alternativa es recurrir a casos ya fallados que hacen parte del medio que debe moldear si el juez desea elaborar una argumentación jurídica convincente. Kennedy¹⁴⁴ habla sobre el proceso *Gestalt*. Este proceso consiste en ordenar los casos formando un patrón que siga el perímetro de los límites y en explorar otros casos que estén dentro del territorio indisputable de la norma que se está interpretando. El resultado que se obtiene es una constelación específica. El caso nuevo que el juez esté analizando, tal y como esté se revela inicialmente a la conciencia, está ubicado en un espacio en el que existe tanto una norma legal que parece cubrirlo, como en muchos otros precedentes judiciales que ejemplifican su aplicación y el significado de la norma. El juez resuelve el nuevo caso basándose en precedente judicial.

Otra de las alternativas que presenta Kennedy¹⁴⁵ es distinguir entre la manipulación de los hechos de una decisión judicial (análisis fáctico) y la manipulación de su ratio decidendi (análisis normativo). Se puede argumentar jurídicamente con los hechos de un caso replanteándolos al punto que parezca estar ubicado en un lugar distinto del campo normativo que inicialmente se pensó. Por ejemplo, el autor estudió el siguiente caso, que en un primer momento se entendió como interferencia con los medios de producción y obstrucción de la vía: unos trabajadores de la empresa estaban acostados sobre la vía en forma de protesta e impedían el ingreso de los trabajadores sustitutos. Lo que buscaba Kennedy era argumentar jurídicamente con los hechos que se trataba del derecho a la libertad de expresión permitida¹⁴⁶.

En la argumentación jurídica normativa, Kennedy¹⁴⁷ indica que la ratio decidendi constituye una regla o sub-regla que trasciende de los hechos particulares. Todos aquellos casos parecidos e idénticos, junto con aquellos hechos futuros que encajen dentro de los hechos del precedente ya decidido, se consideran ‘dominados’ por la regla allí expuesta. Sin embargo, también puede suceder que, al decidir el nuevo caso, redefino la ratio decidendi y, de alguna manera, modifico la línea al cambiar su dirección para que cubra un grupo distinto de situaciones hipotéticas. Siguiendo

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 134-137

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 137

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p.139

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 141



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

el ejemplo anterior, se definen reglas sobre los límites de las actividades que se les permite y las que no están permitidas a un sindicato, en vez de decretar una orden de restricción hacia los trabajadores que estaban obstruyendo la vía.

Sobre el cambio de jurisprudencia, Duncan Kennedy¹⁴⁸ hace el siguiente análisis. Primero, como juez no se puede cambiar jurisprudencialmente una ley del Congreso. No obstante, se puede derrotar la ley mediante las interpretaciones que realice a la Constitución teniendo en cuenta que es imposible invalidar las mismas constituciones. Segundo, aunque se pretenda cambiar la jurisprudencia, el juez siempre estará restringido por la supremacía de la ley y los límites que esta imponga. Tercero, el juez que pueda cambiar la línea jurisprudencial no se convierte en un todopoderoso, pues siempre primara el imperio de la ley la Constitución.

Argumentos no deductivos y ponderación

Los pilares fundamentales de la teoría de Kennedy¹⁴⁹ para argumentar y motivar las decisiones judiciales son los argumentos deductivos y no deductivos. Los primeros se caracterizan por ser producto de la aplicación silogística de normas positivas. Dentro de este tipo de razonamiento la lógica es de todo o nada: una regla se aplica o no se aplica a un caso en concreto. Esto implica que, sean insuficientes para resolver de forma satisfactoria el caso, pues las reglas pueden llegar a ser oscuras o generar consecuencias injustas e inconvenientes. Mientras que, los segundos son de contenido ideológicos cuya aplicación por parte de jueces y abogados en casos concretos es un hecho cotidiano; atienden fundamentalmente al futuro y el modelo de aplicación es la ponderación. Entre estos argumentos se encuentran, aquellos que se basan en la conveniencia pública, en principios generales (jurídicos, éticos o políticos) y en derechos individuales.

Los argumentos no deductivos hacen que el juez pondere posturas ideológicas opuestas, por ejemplo, libertad vs igualdad o libertad de prensa vs intimidad. Frente a estas posturas en colisión el juez inclina la balanza a favor de una o de la otra. El juez primero analiza el resultado que desea y luego busca las normas jurídicas y precedentes que le sirven para justificarlo. En este sentido, el juez experimenta una sensación de libertad para crear derecho y, al mismo tiempo, de restricción causada por la

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 156
¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 74-75



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

obligación de aplicar los materiales jurídicos existentes (normas positivas, principios no escritos, convenciones sociales, sentencias anteriores, conveniencia pública, entre otros). En conclusión, ante esta situación de confrontación –entre la sentencia a la que desea llegar y lo que el derecho le indica- el juez despliega una estrategia argumentativa compleja.

Cómo fallar con perspectiva de género desde un enfoque diferencial

En la primera parte de este capítulo estudiamos los fundamentos constitucionales, normativos y jurisprudenciales del deber de motivación de las sentencias. En Colombia con la Constitución Política de 1886, los jueces por mandato constitucional tenían la obligación de motivar sus decisiones judiciales. A partir de 1991, la Corte Constitucional ha interpretado que, del artículo 28 de la Constitución Política de 1991 se deriva el deber de motivación de las sentencias judiciales como garantía del derecho fundamental al debido proceso. En concordancia con el primer inciso del artículo 55 de la Ley 270 de 1996, sostuvo que los jueces y las juezas deben explicar de forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada las razones para rechazar o aprobar los cargos que fundamentan el caso específico.

Una vez dejado en claro las bases y fundamentos que sustentan el deber de motivación en el ordenamiento jurídico colombiano, se procedió a explicar este deber bajo diferentes visiones teóricas: analítico-normativo, teoría jurídica crítica y estudios críticos del derecho, la relación entre el derecho y la cultura, la filosofía y teoría del derecho. Estas diferentes perspectivas desarrolladas por grandes filósofos y juristas –Robert Alexy, Paul Kahn, Richard Posner y Duncan Kennedy- brindan herramientas a los jueces y las juezas para que fundamenten sus decisiones judiciales aplicando varias metodologías que ellos proponen. Por ejemplo, el silogismo jurídico, las técnicas del *distinguishing* y *overruling*, el método de la ponderación, los argumentos deductivos y no deductivos, el precedente judicial, la teoría de la persuasión y la descripción correcta de los hechos, los factores culturales de cada ordenamiento jurídico, entre otros.

Tanto el aspecto normativo como el teórico proporcionan las bases del por qué existe un deber de motivación en Colombia y el cómo se podrían llegar a fundamentar las sentencias desde diferentes teorías del derecho. Estas bases, herramientas y conocimientos permiten entender, con mayor comprensión, que existe un deber general de motivar la sentencia y, que este deber implica saber cómo fundamentar con perspectiva de género. En esta tercera parte se pretende analizar este deber de motivación en un



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

tema de relevancia jurídica para el derecho contemporáneo: las decisiones judiciales y el enfoque diferencial con perspectiva de género. Para ello, se hará referencia a juristas feministas como Alda Facio e Isabel Cristina Jaramillo, junto con las publicaciones de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

Alda Facio¹⁵⁰ como jurista y feminista ha realizado varias investigaciones sobre género y derecho. En su escrito *La igualdad de género en la modernización de la Administración de Justicia* ha establecido que, para incorporar la perspectiva de género es necesario implementar, por un lado, estrategias específicas que estén dirigidas a eliminar cualquier tipo de desigualdad en el goce de todos los derechos y, por otro lado, de acciones concretas que incluyan la participación de más mujeres en todos los niveles de la administración de justicia, que hasta el momento ha sido un espacio dominado por los hombres.

Alda Facio planteó varias críticas al acceso y administración de justicia¹⁵¹. La primera se relaciona con la situación económica de las mujeres y la lejanía física de los tribunales que las afecta más no solo por no contar con recursos económicos, sino también por otros factores como la falta de tiempo propio, no tener con quién dejar a lo/as hijo/as menores o el miedo a salir solas. A ello se suma que, la estructura patriarcal con su carga de marginación, discriminación y violencia se ve reflejada en las normas jurídicas vigentes, en sus interpretaciones y aplicaciones erradas. La segunda consiste en la desconfianza y falta de credibilidad en el sistema judicial por parte de las mujeres "procesos largos y abstractos, altas exigencias económicas y situaciones de sexismo determinan la desigualdad jurídica del sistema de administración de justicia"¹⁵². Incluso, este sexismo y doble discriminación se presenta en la recolección de pruebas, en las prácticas policiales o en la custodia del material probatorio al ser poco ágiles, bastante complicados y revictimizantes.

Otra de las críticas se da en la oralidad del proceso penal "la sociolingüística jurídica feminista ha demostrado que en los procesos orales las mujeres son discriminadas, toda vez que la credibilidad de los testimonios en juicio está vinculada al timbre de voz. Entre más grave la voz, más creíble"¹⁵³. La

¹⁵⁰ FACIO, Alda y JIMENEZ, Rodrigo. *La igualdad de género en la modernización de la Administración de Justicia* [en línea]. [Washington D.C., Estados Unidos]: Banco Interamericano de Desarrollo Departamento de Desarrollo Sostenible Unidad para la Igualdad de Género en el Desarrollo, agosto 2007, p.14- [citado 11, diciembre, 2020] Disponible en: https://redmujeresjusticia.org.ar/wp-content/uploads/2019/07/la_igualdad_g%C3%83%C2%A9nero_modernizacion_administracio_justicia.docx1_.pdf

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 15

¹⁵² *Ibíd.*, p. 16

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 18



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

cuarta crítica está dirigida a la jurisprudencia que en su mayoría tiende a ser indiferente y formular prejuicios de género. Esta situación se presenta en la redacción de las sentencias, en el lenguaje que emplean los jueces y las juezas, en el esclarecimiento de los hechos, en las interpretaciones de las normas y en las valoraciones de las pruebas. Alda Facio sostiene que, desde una perspectiva de género, muchas sentencias no se fundamentan en los principios de igualdad, equidad y no discriminación¹⁵⁴.

De acuerdo a la jurista Isabel Cristina Jaramillo Sierra, la educación legal no ha incorporado, de forma eficaz y eficiente, los cambios normativos y conocimientos relacionados con la situación de las mujeres y el impacto del enfoque de género en el funcionamiento del derecho¹⁵⁵. Para Jaramillo¹⁵⁶ es necesario tener claro las siguientes reglas para aplicar la perspectiva de género en las decisiones judiciales. Primero, existe un mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres – artículo 13 de la Constitución Política de 1991-; segundo, este mandato no se ha materializado y requiere de esfuerzos explícitos para lograrlo; tercero, no es suficientes con ‘sumar’ a las mujeres para garantizar igualdad; cuarto, la decisión judicial no deja de ser imparcial por aplicar principios ni enfoques que den sentido a las normas y; quinto, la perspectiva de género no sesga la decisión judicial.

Jaramillo¹⁵⁷ habla sobre el impacto del sexo para entender si el sexo de la persona importa para resolver el caso en concreto e identificar si es necesario hacer distinciones. Para ello, el derecho colombiano permite abordar las diferencias a través de tres etapas. Primera, quien introduzca una diferencia usando el sexo como criterio, debe demostrar que es relevante (categoría sospechosa de discriminación). Segunda, una vez demostrado que la diferencia tiene impacto, se procede a adoptar medidas que reflejen esa diferencia para transformarla (validez de las medidas). Y, tercera, que las medidas no sean solamente a favor de las mujeres, sino también que favorezcan a los hombres (la paridad como meta). Este último paso hace referencia a que, la discriminación por sexo también puede perjudicar a los hombres, por ejemplo, por asumir tareas que la sociedad ha catalogado como femeninas. Al respecto, “la Corte Constitucional ha señalado que no puede impedirse el acceso de los hombres a las labores

154 *Ibid.*, p. 20

155 JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *Informe Final: Abordaje de los Derechos Sexuales y Reproductivos en las Facultades de Derecho con acreditación de Alta Calidad en Colombia [en línea]*. [Bogotá D.C., Colombia]: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019, p.16. Disponible en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a6/34.pdf>

156 *Ibid.*, p. 40

157 *Ibid.*, p. 54



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

de aseo y servicios generales, que debe darse igual trato a las mujeres y a los hombres que tienen a su cargo hijos y no tienen pareja, y que los hombres que se desempeñan como madres comunitarias deben tener la misma protección laboral de las mujeres que lo hacen”¹⁵⁸

En cuanto a la valoración probatoria, el juez o la jueza debe tener en cuenta que “(...) lo que interesa es que parte de la decisión judicial implica deducir hechos no conocidos de hechos conocidos usando la lógica y las reglas de la experiencia. Parte de estas reglas de la experiencia, precisamente, son los conocimientos que tenemos sobre el género, incluyendo los que resultan de los datos estadísticos”¹⁵⁹. En esta misma área del derecho probatorio, Jaramillo¹⁶⁰ hace la siguientes reflexión. En las denuncias por violencia sexual, se debe obligar al acusado a demostrar que intentó obtener el consentimiento de la víctima, en lugar de someterla a la prueba de que resistió de todas las maneras imaginables los abordajes sexuales del agresor. Esto conlleva a que, no se debe castigar a las mujeres por su vestuario ni el consumo de drogas presumiendo que estos factores dan a entender que estaban dispuestas a acceder sexualmente:

La idea de usar ciertos comportamientos de la víctima como señal de su disponibilidad sexual, sin embargo, ha sido rebatida por el impacto que ella tiene sobre el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y sobre su intimidad. En efecto, admitir que cierto vestuario o consumir sustancias que alteran la conciencia es una autorización para la conducta sexual es materialmente restringir las posibilidades que tienen las mujeres de decidir cómo se visten y si quieren o no consumir alcohol o drogas, aunque dicha restricción no se impone a los hombres¹⁶¹.

Comisión Nacional de Género y Corte Constitucional

La Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial¹⁶² indicó que, los jueces y las juezas deben tener en cuenta dos variables para saber si están ante un tema de equidad de género. La primera establece que “si en relación con la decisión judicial se encuentra de por medio una mujer hay un primer llamado que indica que puede tratarse de un tema de género”. La segunda variante es esclarecer los hechos y derechos en disputa

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 82

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 52

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 106

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 110

¹⁶² COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género* [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Fondo de Población de las Naciones Unidas –UNFPA, junio 2011, p. 19-20. Disponible en: <https://colombia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MDGJUSTICIA12jun.pdf>



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

para determinar el ámbito y situación de vulnerabilidad de la mujer. Por ejemplo, en el derecho laboral cuando se trate de una mujer embarazada o lactante, de una mujer cabeza de familia; o si es sobre derechos sexuales y reproductivos; mujeres víctimas de desplazamiento forzado; violencia intrafamiliar, violencia sexual, violencia patrimonial o psicológica. Adicional a estas variantes, la Comisión Nacional de género¹⁶³ estableció otros parámetros para identificar cuando se está ante un caso que requiere ser resuelto bajo la perspectiva de género desde el enfoque diferencial:

- a) Analizar en cada caso el entorno social y cultural en el que se desarrollan los hechos y la vulneración de los derechos de las mujeres;
- b) Identificar categorías sospechosas de discriminación asociadas a la raza, etnia, lengua, religión, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual, condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad, privación de la libertad;
- c) Establecer si en el caso confluyen dos categorías sospechosas que implique una doble discriminación. O, si se trata de un caso de interseccionalidad al presentarse más de dos categorías sospechosas, pues hay multiplicidad de discriminación. Por ejemplo, que una de las víctimas sea una mujer indígena mayor de edad en situación de discapacidad;
- d) Identificar si la víctima pertenece a un grupo históricamente discriminado, en situación de vulnerabilidad o de desigualdad formal, material y/o estructural;
- e) Identificar si existe una relación de desequilibrio de poder;
- f) Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo.

Con base en la Comisión Nacional de género¹⁶⁴, también se estableció una serie de criterios orientadores para el procedimiento y la decisión judicial, con el fin de adoptar medidas necesarias que garanticen los derechos humanos de las mujeres:

¹⁶³ COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. *Material Didáctico de la Herramienta de Jurisprudencia de Género de las Altas Cortes* [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, mayo 2020, p. 50-51 [citado 11, diciembre, 2020]. Disponible en: <https://lector.ramajudicial.gov.co/SIBD/VIDEOTECA/Publicaciones/00000000/51813/Anexos/Material%20Didactico%20de%20la%20Herramienta%20de.pdf>

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 54-56



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

- a) Estudiar los hechos y derechos vulnerados para determinar si proceden medidas cautelares o de protección;
- b) Ubicar los hechos en el entorno social que corresponde sin estereotipos, discriminaciones ni prejuicios sociales;
- c) Privilegiar la prueba indiciaria cuando esté inmersa en caso de discriminación de género y no se logra obtener prueba directa;
- d) Documentar adecuadamente la decisión judicial cuando el caso trata de situación que afectan a un colectivo específico de mujeres, por ejemplo, víctimas de desplazamiento forzado, despojo de tierras, mujeres privadas de su libertad, entre otros;
- e) Consultar, interpretar y aplicar nomas nacionales e internacionales. "En relación con los grupos étnicos, se debe tener en cuenta: El derecho propio, su sistema jurídico, sus autoridades, su organización social, cultural, política y lingüística"¹⁶⁵.
- f) Consultar jurisprudencia nacional e internacional, así como la doctrina en materia de género y derechos de la mujer;
- g) Argumentar con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos ni sexismo. Se debe argumentar de tal manera que, se evidencien y analicen las desigualdades detectadas y la violencia física, psicológica o emocional;
- h) Visibilizar con claridad en las decisiones la situación específica de las mujeres o población en situación de vulnerabilidad;
- i) Aplicar el principio de progresividad de los derechos fundamentales y humanos de las mujeres; el principio de igualdad y no discriminación;
- j) "Escuchar la voz de las mujeres y de las víctimas de las organizaciones sociales"¹⁶⁶.
- k) Evitar la subjetividad y convocar a entidades con conocimiento especializado;
- l) Controlar la revictimización y estereotipación de la víctima(s) tanto en los argumentos como en la parte resolutive de las decisiones judiciales;
- m) Usar acertadamente un lenguaje incluyente y no invisibilizador;
- n) Determinar medidas de reparación integral del daño con perspectiva de género;

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 55

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 56



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

- o) Fijar precedentes y aportes en materia de género con la argumentación y el sentido de la sentencia.

Para finalizar, la Corte Constitucional en sus sentencias T-012 de 2016 y T-093 de 2019 estableció los deberes constitucionales de los operadores judiciales cuando deban resolver casos de violencia de género, con base en tratados internacionales –Convención Belem do para y CEDAW- y en las recomendaciones e informes de la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer:

- a) Desplegar toda actividad investigativa para garantizar los derechos y la dignidad de las mujeres;
- b) "analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial"¹⁶⁷
- c) No adoptar decisiones con base en estereotipos y prejuicios de género;
- d) Evitar la revictimización de las mujeres;
- e) Reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;
- f) "flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes"¹⁶⁸;
- g) Considerar el rol transformador de las decisiones judiciales;
- h) Analizar de forma rígida las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia
- i) Evaluar las posibilidades y mecanismos reales para acceder a trámites judiciales;
- j) "Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres"

¹⁶⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-093 (marzo, 2019). M.P., Alberto Rojas Ríos [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., p. 164 [Consultado: diciembre 11 de 2020]. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-093-19.htm#_ftnref209

¹⁶⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-012 (enero, 2016). M.P., Luis Ernesto Vargas Silva [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C. [Consultado: diciembre 11 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-012-16.htm#:~:text=La%20accionante%20manifest%C3%B3%20que%20la,esposo%20consisti%C3%B3%20en%20dejar%20de>



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

RECUADRO 2. UNA DECISIÓN EJEMPLAR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE FEMINICIDIO Y EL DEBER DE MOTIVACIÓN CON ENFOQUE DE GÉNERO

Hechos. El procesado Alexander de Jesús Ortiz Ramírez era esposo de la víctima y tenían una hija de seis años de edad. Tres años antes que decidiera matarla, le había propinado nueve puñaladas porque le dio “un ataque de celos”. Días después regresó a la casa, aún convaleciente la víctima y se quedó allí contra la voluntad de ella. La amenazaba con llevarse a la hija si lo obligaba a irse. Según testimonio de la hermana de la víctima “constantemente Sandra lo echaba de la casa y él no se iba. Y sólo accedió a hacerlo después de que un día, dos meses antes de los hechos, por encontrarla chateando en Facebook, le propinó varios puñetazos. El hombre se fue a vivir cerca.

A ello se suma que, la cadena de violencia fue aumentando aun estando separados. Todos los días la llamaba para saber que se encontraba sola y, por lo general, los viernes llegaba borracho frente a su casa lanzándole amenazas “Por sobre su cadáver se conseguiría otro, le había dicho al marcharse de su lado. Perra sucia te voy a matar”. El 17 de noviembre de 2012 decidió asesinar a la víctima Sandra Patricia Correa.

Razonamiento.

Agravante 11 del artículo 104 del Código Penal

Una de las agravantes del delito de homicidio es causar la muerte a una mujer “por el hecho de ser mujer”. Esta conducta delictiva se da por el acto de violento determinado por la subordinación y discriminación a la que está sometida la víctima. La violencia feminicida, expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, ha permitido que el legislador considere más grave el homicidio generado en un contexto de desigualdad.

De acuerdo a la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, no todo asesinato contra la mujer se puede catalogar como feminicidio o que se configure el agravante 11 del artículo 104 del Código penal. Para que se constituya esta conducta se requiere “que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella [la víctima] es objeto”.

Por el hecho de ser mujer

La Corte Suprema ha establecido que, en la convivencia entre parejas heterosexuales – e incluso su separación- los siguientes comportamientos son claramente actos que constituyen el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o por razones de género. El maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer; el acoso constante al cual somete a la mujer para conseguirlo; la intimidación que con ello le produce; el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aleje y deje de “pertenecerle” ocasionándole la muerte “para que no sea de nadie más”.

El elemento adicional de discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que genera su muerte, debe ser probada dentro del proceso penal para que se le puede imputar al autor el agravante 11 del artículo 104 del Código penal.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

c) Caso concreto

La Corte considera que se demostró con el testimonio de la hermana de la víctima que, el procesado, como si se tratara de un objeto, sentía de su propiedad a Sandra Patricia Correa. No cabe duda que la negaba como ser digno y con libertad. La discriminaba y sometía a constante violencia. Nunca dejó de acosarla e intimidarla. Incluso, cuando al fin se marchó, luego de una nueva agresión física, siguió hostigándola, le siguió haciéndole saber que era él o ninguno, hasta llegó a causarle su muerte. Este tribunal concluye que, el caso bajo estudio no se trata de una historia de amor sino de sometimiento de una mujer por un hombre. Este la consideraba subordinada y se resistía al acto civilizado de entender que la debía dejar en paz porque ella ya no lo quería, y eligió ejecutar el acto más contundente de despotismo: la eliminación de la víctima de la relación de poder.

Fallo. La Sala penal de la Corte Suprema de Justicia declaró que en el homicidio realizado por el procesado no solo se le debe imputar el agravante número 1 del artículo 104 del Código Penal, sino también el agravante 11 de esa misma disposición.

Fuente. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal. Radicación 41457 (4, marzo de 2015). M.P. Patricia Salazar Cuellar [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., p. 1-30 [Consultado enero 14 de 2021]. Disponible en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Explicación teórica. Kahn nos habla sobre la relación entre el derecho y la cultura, la importancia de que la jurisprudencia refleje una cultura jurídica en particular y que el juez al interpretar los mandatos constitucionales y legales le dé significado al derecho. En el caso en concreto, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal analizó dos culturas específicas, por un lado, el machismo que estaba justificado en el Código Penal de 1980 y, por otro lado, el nuevo contexto social que trajo la Ley 1257 de 2008 que busca la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

¿Cómo más podemos basarnos en Kahn en este caso? Él sostiene que los jueces y las juezas deben ubicar los hechos jurídicamente relevantes en un contexto en particular con el fin de i) demostrar a los lectores que la decisión tomada no podría haber sido distinta y, ii) identificar qué tipo de caso se discute y en qué línea jurisprudencial se debe basar. La Corte Suprema realizó correctamente el análisis fáctico, pues determinó cuáles eran los hechos – y pruebas como el testimonio de la hermana de la víctima– que comprobaban que sí se estaba frente a la conducta delictiva de homicidio agravado del numeral 11 del artículo 104 del Código penal “por el hecho de ser mujer”. Este contexto de violencia y discriminación contra la mujer requería que se resolviera el caso mediante la aplicación del enfoque de género y se fundamentará en jurisprudencia sobre género y tratados internacionales como Belém do Pará y/o CEDAW.



RECUADRO 3. CASO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Hechos. Se toma textualmente los hechos de la sentencia T-718 de 2017.

"Violencia sexual sufrida por la accionante No. 1.

Informó la accionante que, en la mañana del 18 de febrero de 2000, ella y su familia fueron reunidas en la cancha de microfútbol por los paramilitares, ubicándola junto a la puerta de la iglesia donde observó la forma en la que fueron asesinados varios pobladores.

El paramilitar que portaba el equipo de telecomunicaciones le ordenó que fuera a cocinarles, ante lo cual su madre se negó a separarse de ella, por lo que la accionante fue forzada a caminar hasta una casa diagonal a la iglesia donde se encontraban veinte hombres, pero luego de un tiempo, quedaron solo cuatro de ellos.

Al conducirla a una de las habitaciones de la casa, entró el hombre que portaba el equipo de radiocomunicaciones, quien la accedió carnalmente, la golpeó reiteradamente y luego se retiró de la habitación.

Después entraron los otros tres hombres, quienes también la accedieron carnalmente y la sometieron a tratos inhumanos y degradantes como cortarles su pelo, afirmando que así se castigaban a las mujeres que hacían parte de la guerrilla. El 25 de noviembre de 2011, la accionante denunció los hechos de violencia sexual de los que fue víctima".

"Violencia sexual sufrida por la accionante No. 2.

La accionante relató que el 18 de febrero de 2000, en su huida de los paramilitares y búsqueda de refugio, fue arrastrada de la casa de un habitante de El Salado por una mujer alias 'María', quien le apuntó con su arma y la llevó forzosamente al cerro 'la loma de los Arias'.

En la loma, se encontraba un grupo de aproximadamente diez paramilitares, quienes le preguntaron cuánto le pagaba la guerrilla por colaborarles, a lo cual ella respondió que no sabía nada. Alias "María" la acusó de ser guerrillera, la golpeó y la cacheteó.

Igualmente, Alias 'María' incitó a los hombres para que abusaran sexualmente de la accionante, quien fue violada, según cuenta, primero, por ella y luego por tres paramilitares en presencia de otros más. Uno de ellos, accedió a ella y la torturó cortando unos cactus y rasgándolos por su espalda y cuerpo, obligándole luego a ella a pasarse los cactus por su cuerpo.

Luego, amenazaron a la accionante diciéndole que si decía algo la iban a llevar a la cancha para contarle a todas las personas lo que le habían hecho y luego la matarían. Cuando los paramilitares descansaban, comenta que huyó y se refugió en el campo hasta que desocuparon el pueblo. El 4 de marzo de 2000, la accionante denunció los hechos de violencia sexual de los que fue víctima".



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

“Violencia sexual sufrida por la accionante No. 3.

Informó la accionante que, en febrero del año 2000, tenía 11 años y vivía con sus padres en una finca a una hora de El Salado, lugar al que llegaron camionetas con 30 hombres y empezaron a entrar en las casas vecinas, razón por la que su madre le ordenó esconderse.

Al poco tiempo entraron dos hombres cubiertos con pasamontañas. Uno de ellos le ordenó a la accionante que se quitara la ropa y al rehusarse, la golpeó y la accedió carnalmente en presencia de sus hermanos.

El 16 de junio de 2016, la accionante informó a la Fiscalía 30 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario sobre los hechos de violencia sexual de los que fue víctima”.

“Violencia sexual sufrida por la accionante No. 4.

La accionante informó que el 17 de febrero de 2000 se encontraba sola alistando sus cosas para salir de El Salado, mientras su pareja fue a averiguar información sobre los rumores de la incursión paramilitar, cuando ingresaron a su habitación dos hombres uniformados y armados portando un distintivo “AUC” en su brazo. Uno de ellos la agredió, le gritó y la accedió carnalmente.

Apenas se fueron los hombres de su habitación, la accionante salió corriendo al lugar donde estaban sus hijos. Al llegar a la casa de la bisabuela de sus hijos, esta le preguntó qué le había pasado y ella decidió callar por el temor que tenía. El 19 de abril de 2016, la accionante interpuso denuncia penal por los hechos relatados”.

“Violencia sexual sufrida por la accionante No. 5.

Informó la accionante que el 18 de febrero de 2000, luego de huir y de refugiarse en la casa de un vecino del corregimiento, llegaron los paramilitares. Uno de ellos con pasamontañas, la encontró escondida y le apuntó con un arma acusándola de ser guerrillera. Luego, la manoseó y la accedió carnalmente en presencia de sus hijos. El 22 de abril de 2014, la accionante denunció los hechos de violencia sexual que sufrió”.

“Violencia sexual sufrida por la accionante No. 6.

Relató la accionante que el 18 de febrero de 2000, un grupo de personas con fusiles, uniformes y pasamontañas entraron a su casa, ubicada en una vereda cerca de El Salado.

Comentó que su madre le pidió que se escondiera, pero al ver que estaban tumbando las puertas, decidió salir para ver qué ocurría. En ese momento, fue tomada por la fuerza a la parte de atrás de la casa, donde le ordenaron que se quitara la ropa y ante su resistencia, le golpearon la cabeza ocasionándole la pérdida de conocimiento. Al recobrar el sentido, narra la accionante que uno de los agresores la arrastraba. En ese momento se dio cuenta que sus partes íntimas estaban maltratadas, ella estaba ensangrentada y tenía mucho dolor en su cuerpo”.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Hechos de la acción de tutela

"La acción de tutela se interpuso el 7 de diciembre de 2016, mediante apoderada judicial de las accionantes contra la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas ("UARIV") por considerar que ésta les ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la reparación integral por desconocer una reparación colectiva para las víctimas de la violencia sexual de la masacre de El Salado, al no tener en cuenta un enfoque diferencial para ellas ni hacerlas partícipes en la elaboración del Programa de Reparación Integral Colectivo que se adelantó con la comunidad".

Razonamiento.

a) Violencia sexual en el conflicto armado colombiano

La Corte Constitucional establece que la violencia sexual es una forma de violencia de género porque i) las mujeres resultan ser las más afectadas y, ii) se inscribe en un contexto altamente de discriminación contra ellas. La violencia sexual se puede manifestar a través de diferentes actos "desde el asesinato posterior de la víctima o la tortura física y psicológica hasta la planificación reproductiva forzada, la esclavización, la explotación sexual forzada, los embarazos forzados, el desnudo forzado, las interrupciones no voluntarias del embarazo y el contagio de enfermedades sexuales".

La violencia sexual dentro del conflicto armado se caracteriza por tener los rasgos de habitualidad, sistematicidad, invisibilidad y generalidad. Las estrategias de guerra utilizadas buscan castigar, obtener información o sometimiento, o simplemente causar terror en las víctimas y a su comunidad. Los actos de violencia sexual tienen una alta probabilidad de ser repetidos y revictimizar.

b) Factores contextuales de la violencia sexual en el conflicto armado

La Corte Constitucional determinó que existen dos tipos de factores que permiten entender las circunstancias en las que las mujeres están sometidas a mayores riesgos de ser víctimas de violencia sexual. El primero, es la presencia e influencia de grupos armados al margen de la ley en la vida social de las mujeres en una comunidad. En estas situaciones se puede materializar los siguientes riesgos: "(i) la comisión de crímenes sexuales contra mujeres, especialmente contra niñas, adolescentes o minorías étnicas; (ii) la vinculación de las mujeres de los territorios controlados para ser sometidas a la explotación sexual forzada; (iii) la prostitución forzada, el embarazo no deseado y la transmisión de enfermedades sexuales; y (iv) el sometimiento a la determinación estereotipada de roles, vestimenta, compañía, circulación y el desarrollo de la actividad sexual y afectiva".

El segundo factor sexual se da por la ausencia o presencia precaria del Estado. "La pobreza y la debilidad de las condiciones socioeconómicas de un territorio aumentan las posibilidades de la violencia sexual, a través de técnicas que someten el cuerpo de las mujeres como garantía por el no cumplimiento, por ejemplo, de obligaciones dinerarias contraídas".



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

c) Violencia sexual en el conflicto armado, doble discriminación y/o discriminación interseccional

La violencia sexual genera una doble discriminación o interseccionalidad cuando además de recaer sobre las mujeres ellas: i) son niñas o adolescentes, ii) pertenecen a alguna comunidad indígena –o étnica-, iii) son mujeres afrodescendientes, iv) se encuentran en situación de discapacidad, viii) son de escasos recursos económicos.

d) Derecho a la reparación integral

El derecho a la reparación integral tiene se fundamenta en los artículos 1, 2, 13, 93, 229, 230 y 250 de la Constitución Política. Desde el bloque de constitucionalidad y la perspectiva de género, este derecho se deriva de los siguientes tratados: Convención CEDAW, Convención Belem do Pará, Estatuto de la Corte Penal Internacional y Convención Americana sobre derechos humanos.

El derecho a la reparación integral tiene dos dimensiones. Por un lado, la dimensión individual incluye medidas de restitución, indemnización y readaptación o rehabilitación. Por otro lado, la dimensión colectiva en la que se obtiene medidas de satisfacción, de carácter simbólico y que estén dirigidas a la comunidad.

e) Reparación integral y enfoque diferencial

El artículo 13 de la Ley 1448 de 2011 establece que las autoridades deben aplicar el enfoque diferencial en los procesos de reparación. Este enfoque implica reconocer "que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque".

El Estado está en la obligación de tomar en serio criterios diferenciales, durante la adopción y ejecución de planes de reparación, que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de los grupos poblacionales que tradicional e históricamente han sido vulnerados, marginados discriminados. El objetivo de la reparación colectiva es la transformación progresiva de las condiciones de desigualdad que permitieron la situación de vulnerabilidad y los hechos victimizantes de violencia sexual. Para ello, de acuerdo a la Corte Constitucional "se debe tener en cuenta las solicitudes y la participación directa de las víctimas y de sus organizaciones a fin de hacer parte del diseño de las medidas de reparación según sus necesidades evitando su exclusión, estigmatización y discriminación".

f) Enfoque diferencial y perspectiva de género en el derecho a la reparación

La Corte ha sostenido que "El enfoque diferencial y de género puede orientarse, dentro del amplio margen que tiene la UARIV en conjunto con las víctimas, entre otras cosas, a lo siguiente: (i) garantizar la participación de las mujeres víctimas y su empoderamiento en dichos programas, según la forma a la que ellas consientan para evitar una revictimización; (ii) otorgar las garantías necesarias para la participación de las mujeres en los programas de reparación colectiva; y (iii) habilitar canales de comunicación de los programas de reparación colectivas o formas diferenciadas de participar en la identificación del daño y de las medidas de reparación colectiva".



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Fallo. La Corte Constitucional concedió el derecho a la reparación colectiva a las accionantes y ordenó a la UARIV i) diseñar un plan y cronograma para convocar e instalar un Comité – con la participación de las accionantes- para identificar los daños y medidas de reparación colectiva; ii) verificar el registro de las accionantes al programa RUV o inscribirlas.

Fuente. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-718 (11, diciembre, 2017). M.P., Alejandro Linares Cantillo [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., [Consultado: enero 16 de 2021]. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-718-17.htm#_ftnref122

Explicación teórica. Para analizar este caso y motivar la decisión, los jueces y las juezas se pueden basar en los juristas como Robert Alexy y Duncan Kennedy. Respecto a Alexy, él aborda el concepto de “acción comunicativa” – basándose en Jürgen Habermas-. La comunicación es la capacidad de llegar a un consenso mediante un habla argumentativa de diversos participantes quienes superan la subjetividad inicial de sus opiniones y puntos de vista. Para Alexy la argumentación parte de un contexto de comunicación organizada y cada acto de habla debe estar fundamentado en un modelo de argumentación. Para el caso en concreto, la Corte Constitucional a través de la acción comunicativa ordena a los diversos participantes – la entidad demandada y los accionantes- a llegar a un acuerdo para reparar de forma integral y con enfoque de género a las mujeres víctimas de violencia sexual. Esta decisión se fundamentó en un habla argumentativa – técnica del silogismo, aplicación de tratados internacionales con perspectiva de género, aplicación de normas nacionales con enfoque diferencial, precedente judicial y ratio decidendi-. Además, la Corte Constitucional consideró que en la acción comunicativa es importante escuchar a las víctimas, conocer su testimonio y la verdad de los hechos, no solo en el proceso de la acción de tutela, sino también en los procesos de reparación.

En cuanto Duncan Kennedy, él habla sobre el ‘poder legitimador’ que permite al juez emitir argumentos jurídicos para reducir la distancia entre la ley y la decisión a tomar. De esta forma, se convencerá al pueblo que la sentencia adoptó la decisión correcta y que era efectivamente lo que la ley ordenaba. Este poder de persuasión también permitirá que tal providencia se convierta en un ‘leading case’, es decir, en precedente judicial. La Corte Constitucional al resolver el caso, redujo la distancia entre la Ley 1448 de 2011 y su decisión y tomó una decisión cumpliendo el artículo 13 de dicha norma jurídica. La Corte aplicó el enfoque diferencial con perspectiva de género para garantizar el derecho a la reparación integral colectiva de aquellas mujeres que habían sido víctimas de violencia sexual en el conflicto armado colombiano. Según este enfoque, las autoridades judiciales deben tener en cuenta las características y particularidades del grupo poblacional que históricamente ha sido discriminado –i) mujeres, ii) víctimas de violencia sexual, iii) dentro del conflicto armado-.

A ello se suma que, la decisión se basó no solo en normas nacionales, sino también en tratados internacionales que protegen exclusivamente los derechos de las mujeres – perspectiva de género- que se encuentran en un contexto de discriminación y vulnerabilidad –violencia sexual en un conflicto armado: discriminación interseccional-. El poder de persuasión permitirá que esta sentencia constituya un precedente judicial sobre enfoque diferencial en casos de violencia sexual.



RECUADRO 4. CASO EJEMPLAR DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SOBRE VIOLENCIA PSICOLÓGICA DE GÉNERO Y SUICIDIO.

La Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial con el apoyo de la organización Justicia para una Paz Sostenible (JSP) de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), premió al magistrado José Joaquín Urbano Martínez por resolver un caso de violencia psicológica bajo el enfoque de género. A continuación, se citará el caso¹⁶⁹:

"La segunda sentencia premiada, en la categoría de magistrados/as de Tribunal, se reconoció la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, José Joaquín Urbano Martínez, la cual intensificó la condena de un Alex Giovanni Hernández, un hombre cuyo maltrato psicológico llevó a su pareja Alejandra Carolina Hernández al suicidio, después de que ella decidiera terminar la relación en junio de 2015. El fallo llamó la atención de las entidades de conocimientos administrativos y judiciales para que advirtieran y corrigieran las falencias incurridas. La sentencia es relevante porque destaca la revictimización por la que atraviesan en Colombia las mujeres víctimas de violencia de género".

"El maltrato de Alex Giovanni estuvo determinado en su pensamiento patriarcal, profundamente discriminatorio frente a la mujer, y estuvo dirigido a mantener bajo el control y como 'suya' a Alejandra Carolina. Los actos sistemáticos de violencia a que la sometió para conseguirlo aumentaron progresivamente en intensidad y agresividad desde el momento en que ella decidió cortar la relación afectiva y hasta que ella más se aproximaba a dejar de pertenecerle y terminaron cuando los trastornos psicológicos llegaron a tal punto, que la condujeron al suicidio (...)", determinó el magistrado que en su análisis del caso respaldó completamente la teoría de la Fiscalía".

"Agregó el togado que "es lamentable que, en algunos casos, como en este, los juzgadores se despojen del deber que les asiste de abordar los procesos judiciales asociados a violencia contra las mujeres, con enfoque o perspectiva de género; que emprendan los procesos de valoración probatoria de forma apresurada y superficial y que fraccionen la realidad contribuyendo a la normalización o banalización de este tipo de violencia. Esta actitud da lugar a la perpetuación de estereotipos de género profundamente discriminatorios y violatorios de los derechos humanos y de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición".

¹⁶⁹ REDACCIÓN JUDICIAL. Las dos sentencias con enfoque de género destacadas por la Rama Judicial [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: EL ESPECTADOR, diciembre 2020, Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/las-dos-sentencias-que-fueron-destacadas-por-la-rama-judicial-por-su-enfoque-de-genero/>



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Fallo. "En ese sentido, el magistrado modificó la sentencia del juzgado y declaró penalmente responsable a Alex Giovanni Hernández de la comisión del delito de lesiones personales con perturbación psicológica permanente, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo, por tanto, endureció las penas impuestas y condenó al agresor a 16 años de prisión y el pago de 109 salarios mínimos; lo inhabilitó para tener la patria potestad de la hija que tuvo con la víctima y lo inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo término de la pena de prisión. También negó que la pena de prisión en establecimiento carcelario se pudiera sustituir por prisión domiciliaria".

Explicación teórica.

Para Richard Posner, los jueces y las juezas deberían distinguir un precedente judicial como herramienta útil para justificar sus decisiones. Duncan Kennedy también aborda a doctrina del precedente haciendo alusión a que, se debe identificar la *ratio decidendi* para ser aplicada a casos futuros parecidos o idénticos. Y como lo sostiene Paul Kahn, es importante determinar el contexto y los hechos jurídicos relevantes para saber a qué tipo de línea jurisprudencial los jueces y las juezas se pueden fundamentar y motivar sus decisiones.

Para el caso en concreto, y como lo manifestó el magistrado José Joaquín Urbano, se deben motivar y fallar sentencias con enfoque de género. Hoy en día las altas cortes, entre ellas la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, han creado líneas jurisprudenciales sobre enfoque diferencial y perspectiva de género. Estos dos enfoques se deben aplicar en cualquier etapa de la creación o redacción de la sentencia, desde la construcción de los hechos, la valoración de los medios probatorios hasta el resolver de la sentencia. Los jueces deben acatar las reglas que la Corte Constitucional ha establecido en sus sentencias sobre género, basarse en tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y del Tribunal europeo. Los operadores judiciales deben escuchar a las mujeres cuando son víctimas de violencia de género –acá se aplica una vez más la acción comunicativa de Robert Alexy y Jaber Mas-; tener en cuenta sus testimonios y flexibilizar la carga probatoria y privilegiar la prueba indiciaria. Son varias las herramientas, técnicas y material jurídico con el que cuentan los jueces y las juezas para fallar con enfoque de género.

Motivación dogmática en la estructuración de la sentencia

En este apartado se expondrá la motivación dogmática en estructuración de la decisión judicial en concreto, a partir del artículo 55 de la Ley 270 de 1996, el artículo 280 de la Ley 1564 de 2012 y el desarrollo jurisprudencial. Asimismo, se presentarán algunos ejercicios y ejemplos para tener una mayor claridad sobre cada elemento de la sentencia.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

I. LA ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y SUS EFECTOS

A. Ejercicio

Indique cuál de las siguientes características corresponde a la parte motiva y la parte resolutive de la decisión judicial

Característica	Resolutiva	Motiva
Decide un caso concreto, es decir, declara si alguien es culpable o no, si se reconoce un derecho, si una norma es compatible con la constitución		
Contiene formulaciones generales, más allá de las particularidades del caso		
Los efectos se producen, generalmente, para las partes; excepcionalmente, pueden producirse efectos para otros.		
Se compone de la narración de los hechos, reglas y argumentos		

B. Generalidades

El valor de las decisiones judiciales puede concentrarse en dos ejes de discusión. El primero hace referencia al carácter vinculante de la jurisprudencia desde una interpretación del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia; mientras que el segundo consiste en cómo debe identificarse lo vinculante dentro de la decisión. En este apartado se abordará solamente el segundo aspecto.

La Corte Constitucional reconoció que sus decisiones judiciales tienen una influencia del modelo construido en el *common law*, especialmente de la figura *stare decisis*¹⁷⁰. Este modelo sostiene, que debe distinguirse entre la sentencia y el precedente, y que éste último se encuentra en un apartado de aquella, con una formulación específica. En ese sentido, es necesario revisar dos temas: a) ¿cómo se estructura una decisión judicial?, y; b) ¿cuáles son las características de cada una?

¹⁷⁰ C. Const., sentencia de unificación SU- 047 de 1999.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

1. La estructura de la decisión

La literatura es unánime y sostiene toda decisión judicial está compuesta de dos partes¹⁷¹, a saber, la decisión, que resuelve en caso puntual, y las razones de la decisión, que tienen una construcción tipo norma¹⁷².

Esta estructura también se maneja en el derecho colombiano. El artículo 55 inciso 2 de la Ley 270 de 1996 consagra que la parte resolutive de las sentencias estará precedidas por unas palabras determinadas¹⁷³; mientras que el artículo 55 incisos 1 y 3 de la Ley 270 de 1996 establece que las decisiones judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados por los sujetos procesales, y que serán criterios de la evaluación del factor cualitativo la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de debate y de las pruebas que los respaldan. En términos sencillos, el artículo 55 de la Ley 270 de 1996 indica que toda decisión judicial: a) tendrá una decisión en concreto -resolución- y; b) que ésta deberá estar fundamentada adecuadamente.

La Corte Constitucional reconoce también esta distinción, pero agrega algunos elementos. Para la Corporación

el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.¹⁷⁴

Se revisará estas partes a continuación.

¹⁷¹ GOODHART, Arthur, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, en *Yale Law Journal*, Vol. XL, núm. 2, 1930, p. 161. SALMOND, John W., *Jurisprudence*, Stevens and Haynes, 4a. Ed., 1912, Londres.

¹⁷² Salmond emplea la expresión *principle*. SALMOND, John W., 1912, op. Cit., p. 188. Sin embargo, traducir este término como *principio* podría traer consigo algunas complicaciones, que excederían el propósito de este trabajo. Baste con mencionar aquí, que traducir en este caso la expresión *principle* como *norma*, permitiría comprender que los jueces, especialmente los tribunales de cierre, no sólo están la posibilidad de diseñar enunciados deónticos tipo regla, sino también de reconocer normas tipo principio.

¹⁷³ Artículo 55 inciso 2 de la Ley 270 de 1996: "La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley".

¹⁷⁴ C. Const., sentencia de unificación SU- 047 de 1999.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

a. Parte resolutive

Esta parte de la providencia decide en concreto el caso¹⁷⁵, mediante la emisión de órdenes. El artículo 280 inciso 2 de la Ley 1564 de 2012 indica que ésta se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley" y contendrá una decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones, las excepciones -cuando sea procedente- y las costas y perjuicios a cargo de las partes, así como los demás asuntos que tenga que decidir según la ley.

La parte resolutive, a su vez, se caracteriza por construirse mediante ordenes concretas, cuya redacción es, por tendencia, precedida por un verbo en infinitivo. Asimismo, la parte resolutive no menciona los hechos, sino a las pretensiones. Esto puede verificarse con los siguientes ejemplos:

Parte resolutive		
Corte Constitucional (T- 585 de 2019)	Corte Suprema de Justicia SC 069-2019	Consejo de Estado (2013-007 de 2020)
<p>En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,</p> <p>RESUELVE:</p> <p>PRIMERO.- REVOCAR el fallo de tutela proferido el veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá, D. C., que confirmó la sentencia proferida el catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Noveno Penal Municipal para Adolescentes con Función de Garantías de Bogotá, D. C., declaró improcedente la acción de tutela formulada por Libia Luñeine (Luyegny) Oviedo Pereira contra la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá-zona Sur. En su lugar AMPARAR el derecho al debido proceso y el derecho a la propiedad privada, en su ámbito irreductible de protección, de la actora. (...) Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.</p>	<p>DECISIÓN</p> <p>En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 12 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Única, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.</p> <p>Costas en casación, a cargo del recurrente. Como la demanda presentada para sustentar dicho cuestionamiento extraordinario, fue replicada en tiempo por la parte actora, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000. La Secretaría de la Sala efectúe la correspondiente liquidación.</p>	<p>En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.</p> <p>FALLA:</p> <p>PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de mayo de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.</p> <p>SEGUNDO: Sin condena en costas.</p> <p>TERCERO. En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen</p> <p>CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE</p>

La jurisprudencia ha sostenido también que la parte resolutive tiene unos efectos concretos. Desde una primera lectura, la parte resolutive tiene unas órdenes que



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

vinculan a quienes se encuentran involucradas en el proceso -p. ej., partes y terceros con interés-. La jurisdicción constitucional prevé, además, extender los efectos a otros sujetos, mediante las figuras *inter pares* e *inter comunis*. Según la Corte Constitucional, los efectos pueden entenderse de la siguiente manera¹⁷⁶:

Tipo	Fundamento	Efecto concreto
<i>Inter partes</i>	Es el efecto general que producen las sentencias que se emiten en sede de revisión o unificación	Afecta a los extremos procesales involucrados en la causa.
<i>Inter pares</i>	Es un dispositivo amplificador de la decisión al que esta Corporación acude cuando frente a un problema jurídico determinado considera que existe una única respuesta válida de conformidad con los mandatos constitucionales, la cual debe aplicarse en todos los casos similares sin excepción alguna. En este sentido, debe llamarse la atención de que la regla jurisprudencial fijada para solucionar la controversia puede estar fundada en: (i) una excepción de inconstitucionalidad, o (ii) en una interpretación determinada de un conjunto de normas para un escenario factico específico.	Afecta (favorece) a todos aquellos miembros de una comunidad que cumplan con unas características determinadas.
<i>Inter comunis</i>	Es un dispositivo de amplificación de la decisión que este Tribunal utiliza cuando advierte que, en razón de las particularidades fácticas del caso, el accionante pertenece a un grupo de personas cuyos intereses son: (i) Inversamente proporcionales, por lo que las órdenes que imparta pueden afectarlas en distinto grado y, por ello, resulta necesario tomar las medidas correspondientes para atender adecuadamente dicha tensión; o (ii) Paralelos y, en virtud de consideraciones relacionadas con el principio de igualdad, la economía procesal o la especial protección constitucional que gozan ciertos sujetos, se torna imperioso que las consecuencias del fallo se extiendan a todos los miembros de la respectiva colectividad.	Afecta (procede) en todos los casos que tengan las mismas particularidades fácticas.

Otro efecto que produce la parte resolutive es el de cosa juzga.

¹⁷⁶ C. Const., sentencia de unificación SU- 037 de 2019.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

b. La parte motiva

Este tiene su fundamento general en el artículo 55 inciso 1 de la Ley 270 de 1996, que consagra que las sentencias deberán referirse a todos los hechos y asuntos formulados por las partes. Asimismo, existe un fundamento concreto, a saber, el artículo 280 inciso 1 de la Ley 1564 de 2012. Ésta consagra que la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, así como a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinales estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones.

Las disposiciones dan a entender que toda decisión concreta -parte resolutive- debe estar apoyada en una motivación adecuada -parte motiva- y que ésta, a su vez, debe contener unos elementos esenciales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional indicaba, en sus primeros fallos, que los elementos esenciales eran los dichos de paso -*óbiter dicta*- y las razones de la decisión -*ratio decidendi*-¹⁷⁷. Sin embargo, si se tiene en cuenta la literatura sobre la distinción entre las dos figuras, así como la evolución jurisprudencial sobre el precedente y los cambios normativos, podría afirmarse que la parte motiva está compuesta, en realidad, por cuatro elementos. Éstos son: a) los hechos; b) el problema jurídico; c) los dichos de paso y; d) las razones de la decisión.

En este apartado se presentarán algunas reflexiones sobre los hechos y el problema jurídico, pues los otros dos elementos tendrán un análisis más amplio en el apartado siguiente.

2. Elementos de la parte motiva

a. Los hechos

Las decisiones concretas, así como las reglas de derecho, dependen de la adecuada identificación de los hechos. Ello se debe, desde un punto de vista dogmático, a que toda posición jurídica surge de un hecho¹⁷⁸; mientras que, desde una perspectiva doctrinal, los hechos son el material esencial para el proceso de definición o identificación de la *ratio decidendi*¹⁷⁹.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el juez realiza dos operaciones. La primera es de abstracción. Ésta consiste en que el juez toma la narrativa

¹⁷⁷ C. Const., sentencia de unificación SU- 047 de 1999; sentencia de constitucionalidad C- 836 de 2001.

¹⁷⁸ Por ejemplo, el artículo 1494 del Código Civil establece que toda obligación surge de la manifestación de la voluntad -acuerdos entre personas, aceptación de herencias, entre otros- y en los hechos.

¹⁷⁹ GOODERSON, R. N., *Ratio Decidendi and the Rules of Law*, en *Canadian Bar Review*, Vol. 30, núm. 9, 1952, p. 894.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

que descubre en el proceso y, a partir de ella, construye un supuesto fáctico, a partir del cual pueda construir una regla de decisión¹⁸⁰. Para lograr esta abstracción, algunos autores recomiendan descartar elementos particulares, tales como la identidad de la persona, de tiempo, de lugar, el modo y la cantidad¹⁸¹. Sin embargo, podría decirse que el proceso de abstracción debería responder algunas preguntas, tales como: a) ¿cuál hecho de la narrativa origina el conflicto?; b) ¿qué hechos podrían condicionar la decisión presente y las futuras?, y; c) ¿cuáles hechos no tienen injerencia alguna en la decisión?

A partir de estas preguntas, el juez debe construir un hipotético con cierto grado de abstracción, del cual pueda predicarse una consecuencia jurídica y, por tanto, diseñar una proposición jurídica o regla de derecho.

Lo anterior podría comprenderse con el siguiente ejemplo:

Hechos (narración)	Abstracción (supuesto fáctico)
A es una persona que recibió una herida de arma de fuego en su cabeza.	¿Qué hecho determina el conflicto? La empresa promotora de salud niega el suministro de pañales y pañitos húmedos.
El profesional en salud que lo atendió en urgencias le dictaminó trauma cráneo encefálico estallido ocular izquierdo.	¿Cuáles hechos pueden ser relevantes en el razonamiento del juez? Los pañales se encuentran incluidos en el plan de beneficios en salud Los pañitos húmedos se encuentran excluidos del plan de beneficios en salud
El profesional de la salud finalizó los tratamientos de emergencia y control. Posteriormente ordenó el suministro de unos medicamentos, de pañales y pañitos húmedos.	La persona carece de recursos
La empresa promotora de salud negó el suministro de pañales y pañitos húmedos porque consideran que no se encuentran incluidos en el plan de beneficios en salud.	¿Cómo podría abstraerse el caso para ser aplicable en una disposición normativa? Toda persona que no tenga capacidad económica y que le haya sido negado el suministro de servicios y tecnologías en salud incluidos y excluidos del PBS ¹⁸² .
A es una persona de escasos recursos, que se encuentra registrada en el SISBEN con una puntuación de 17.	

Debe tenerse en cuenta, además, que identificar adecuadamente los hechos permite establecer cuál es el precedente aplicable al caso que se resuelve.

¹⁸⁰ GOODERSON, R. N., 1952, op. Cit., p. 894.

¹⁸¹ GOODERSON, R. N., 1952, op. Cit., p. 984.

¹⁸² Un ejemplo interesante de este proceso de abstracción se encuentra en la sentencia SU- 508 de 2020. En ella, la Corte Constitucional construyó el conjunto de reglas y subreglas aplicables al suministro de servicios y tecnologías en salud, tales como pañales, pañitos húmedos, crema anti escaras, sillas de ruedas y transporte.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

La Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente, que la pertinencia de un precedente se determina, entre otros, a partir de los hechos¹⁸³.

La praxis indica, sin embargo, que el problema no radica en la identificación de los hechos, sino del precedente. Ello se debe a que las bases de datos de las cortes están diseñadas bajo un modelo conceptual. Esto significa, que los buscadores no buscan hechos, sino palabras clave o temas que pueden encontrarse en la decisión¹⁸⁴. Por ejemplo



En el caso a estudiar y el caso de la decisión del juez de cierre tienen identidad o no. Puede ocurrir que los casos tengan un alto grado de identidad, por ejemplo, que los dos casos versen sobre la negativa de una EPS a prestar o suministrar un servicio o tecnología excluido del PBS a una persona que carece de capacidad económica; pero, también puede ocurrir que, a pesar de existir elementos similares, no hay una identidad plena en los casos o, sencillamente, no haya identidad, por ejemplo, la negativa de prestar o suministrar un servicio excluido del PBS y la negativa de prestar o suministrar un servicio o tecnología experimental.

b. El problema jurídico

¹⁸³ C. Const., sentencia de unificación SU- 054 de 2015; sentencias de tutela T- 360 de 2014, T- 309 de 2015.

¹⁸⁴ En consecuencia, los profesionales en derecho deben buscar alternativas. La primera se encuentra en los boletines. El Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado publican periódicamente boletines, donde se sintetizan los hechos relevantes y la decisión en concreto. Ello permitiría hacer una depuración adecuada en la selección de casos. La segunda alternativa se encuentra en los comunicados de prensa de la Corte Constitucional. Ellos son una síntesis de las decisiones que adopta la Sala Plena de la Corte Constitucional.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

El problema jurídico tiene como función principal determinar cuál es el escenario constitucional aplicable en el caso que se estudia. Esto significa que, en la práctica, no basta con identificar el enunciado normativo contenido en un artículo¹⁸⁵, sino que también se requiere establecer cómo se aplica de ese enunciado puede derivarse una norma aplicable al patrón fáctico que se estudia¹⁸⁶.

Asimismo, el problema jurídico permite establecer, si una sentencia es aplicable para el caso que estudia¹⁸⁷. Ello se debe a que, puede ocurrir que se esté ante dos casos con patrones fácticos similares, pero que el juez de cierre se plantee una pregunta diferente. Un ejemplo puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Sentencia T- 588 de 2006	Elementos
Ahora bien, en una decisión de fecha posterior, la sentencia T-224 de 2006 la Sala Novena de Revisión examinó lo relacionado con la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios y concluyó que el artículo 142 de la Ley 142 de 1994 era el fundamento de tal potestad en una postura interpretativa contraria a la sostenida en la sentencia T-720 de 2005.	Patrón fáctico similar
No obstante, considera esta Sala de revisión que la anterior decisión no constituye un precedente vinculante en la medida que en la sentencia T-224 de 2006 se delimita el problema jurídico objeto de estudio de la siguiente manera: "En ese orden, corresponde entonces a la Sala de Revisión establecer, si en el asunto sub judice "Electricaribe S.A. E.S.P." al efectuar los actos de integración dentro de la actuación administrativa sancionatoria adelantada, lo hizo en debida forma o si por el contrario se presentaron falencias que privaran del derecho de defensa al usuario Jorge Luís Martínez". Por tal razón el examen sobre el fundamento de la potestad sancionatoria consignado en esta última sentencia no constituye la ratio decidendi de la decisión adoptada, puesto que como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación el alcance del problema jurídico examinado es un elemento que permite identificar la ratio decidendi de una decisión previa, al igual que el precedente aplicable en la materia.	Problema jurídico diferente

¹⁸⁵ LÓPEZ M., Diego, *El derecho de los jueces*, Ed. Legis, 2a. Ed., 2014, p. 146.

¹⁸⁶ Véase, LÓPEZ m., Diego, 2014, pp. 146ss.

¹⁸⁷ C. Const., sentencia de unificación SU- 054 de 2015.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Ahora bien, ¿cómo debe construirse un problema jurídico? Diego López recomienda tener en cuenta tres elementos, a saber: a) que su formulación permita una respuesta concreta -constitucional, pero también de derecho privado, derecho administrativo, etc.-; b) que identifique adecuadamente el patrón fáctico y; c) que relacione éste con la norma -constitucional, administrativa o de derecho privado- controlante. Para ello, pueden verse los siguientes ejemplos:

Corte Constitucional		Consejo de Estado	Corte Suprema de Justicia
C- 001 de 2018	T- 006 de 2020	2013-0007 de 2020	STC- 3705-2018
<p>Con fundamento en tal marco, la Sala deberá establecer primero si la existencia de pronunciamientos previos en control abstracto de inconstitucionalidad sobre la expresión "sirvientes" genera la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En caso de que ello no se acredite, procederá a resolver el siguiente problema jurídico: ¿es constitucionalmente admisible, al amparo de los principios de dignidad y de no discriminación, mantener en el ordenamiento jurídico la expresión "sirvientes", que se inserta en el artículo 2267 del C.C., teniendo en cuenta que las condiciones en las que se usa remiten a una relación de subordinación de orden laboral?</p>		<p>Acorde con el argumento planteado en el recurso de apelación presentado por el demandante, le corresponde a la Sala establecer si en el presente caso operó el fenómeno de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No 0200-0320-533 del 9 de octubre de 2007.</p> <p>En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea negativa, deberá proceder a estudiar la legalidad del acto administrativo demandado.</p> <p>Para los efectos de resolver la presente controversia, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico (i) la caducidad de la acción y ii) análisis del caso concreto.</p>	<p>¿La decisión que reconoce la calidad de víctima a la Fundación Educativa de Inglaterra The English School en el proceso penal formulado por la madre de la menor que falleció durante una salida pedagógica organizada por la institución educativa, vulnera los derechos fundamentales de la accionante?</p>

II. OBITER DICTA Y RATIO DECIDENDI

A. Ejercicio

Lea los siguientes párrafos e indique cuál es un dicho de paso -*obiter dictum*- y cuál es una razón de la decisión -*ratio decidendi*-:



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Corte Constitucional Sentencia C- 519 de 2019

160. La superioridad masculina al interior de la familia, tenía múltiples maneras de evidenciarse. Una de ellas estaba ligada al apellido. Al momento de casarse la esposa o bien asumía el apellido del cónyuge, o su apellido familiar iba acompañado de la preposición "de" y el apellido de su esposo. Esto representaba una clara contradicción con los valores ilustrados de igualdad, libertad y solidaridad de todos los individuos, y la situación de las mujeres al interior de las sociedades occidentales centrales en la que lo masculino se privilegiaba sobre lo femenino. Por ello no es extraño que los primeros movimientos de mujeres registrados reivindicaran el reconocimiento de los derechos a la igualdad entre el hombre y la mujer al interior de la familia como mantener su propio apellido. Además, que se reconociera el derecho al divorcio, una edad mínima para contraer matrimonio, y la proscripción del matrimonio forzado, o decidiera en igualdad de condiciones con su esposo en la educación de los hijos.

199. Del anterior precedente constitucional se extrae que: (i) la inscripción en el registro civil materializa el derecho fundamental a la personalidad jurídica, al nombre, a tener una familia y a la nacionalidad de los niños y niñas; (ii) dicho registro cumple varias finalidades constitucionales, entre ellas, la identificación de una persona, el nacimiento a la vida jurídica de su capacidad legal, así como la posibilidad de ejercer los atributos de la personalidad; (iii) el nombre es una manifestación del derecho a la personalidad y es un espacio de formación de la identidad de una persona, pues además de ser el instrumento de identificación, implica la construcción de relaciones de diferenciación y pertenencia sociales en la familia, pues en él se establece la filiación y el parentesco, e incluso nacionales, en atención a que, en dicho registro quedan consignados elementos fundamentales para la ciudadanía; (iv) la jurisprudencia de la Corte referida al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas que forman familias homoparentales ha señalado que, los hijos e hijas de parejas del mismo sexo deben ser inscritos en el registro civil de nacimiento y en él deben figurar, (iv.i) dos papás o dos mamás, según sea el caso, y que (iv.ii) el orden de los apellidos debe ser voluntariamente señalado la pareja.

Obiter dictum () ratio decidendi ()

Obiter dictum () ratio decidendi ()

B. Problemas

La parte motiva está compuesta, además por las *óbiter dicta* -o dichos de paso- y la *ratio decidendi* -o fundamento de la decisión-. Estas partes requieren, sin embargo, un análisis cuidadoso desde su fundamentación y su aplicación. Asimismo, requiere de unas precisiones preliminares, que le permitirán al discente entender ciertos aspectos en relación con la sentencia.

La primera dificultad consiste en que el Derecho colombiano transita -en materia de fuentes- de un sistema legal -europeo continental- hacia un modelo mixto.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Algunos autores consideran que existen ciertas similitudes entre estos sistemas en lo relacionado con la estructura de la decisión judicial. Por ejemplo, Reizler considera que la *ratio decidendi* del derecho inglés es comparable -vergleichbar- con el *rescripta* del *römischen Kaiser*¹⁸⁸. Sin embargo, esta aparente similitud no es tan clara, pues el desarrollo del derecho en distintos ordenamientos jurídicos, como el alemán, ha llevado al empleo de la figura *trägender Grund*¹⁸⁹, en vez del *rescripta* o la *ratio decidendi*.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, aun si se pudiese hablar de proximidades, el derecho europeo continental experimenta algunas dificultades de carácter metodológico importantes. Por ejemplo, el derecho continental no tiene, al menos en la construcción concreta de una decisión judicial, una distinción clara entre la fundamentación y la subsunción¹⁹⁰; en el mismo sentido, tampoco existe una distinción clara entre el ejercicio interpretativo y la construcción de la *ratio decidendi*¹⁹¹. Esta dificultad la prevé Alexy en su teoría de la argumentación jurídica. En ella, el autor nos menciona que la mera subsunción o aplicación de métodos no basta para construir una adecuada fundamentación de la sentencia¹⁹².

La segunda dificultad viene de la evolución jurisprudencial colombiana. La Corte Constitucional propone la macroestructura de la decisión judicial en la sentencia SU- 047 de 1999 -y que sería acorde con el artículo 55 de la Ley 270 de 1996-, es decir, el *decisum* -parte resolutive- y la parte motiva¹⁹³. En esta segunda parte distingue, a su vez, entre *ratio decidendi* y *óbiter dicta* y afirma que

Un poco más compleja, pero particularmente importante, es la explicación de por qué únicamente la *ratio decidendi* constituye doctrina vinculante para los otros jueces, mientras que los *dicta*, incluso de los tribunales máximos, tienen una simple fuerza persuasiva¹⁹⁴.

Esta diferencia, sin embargo, se difuminó con la sentencia C- 836 de 2001. En ella, la Corte Constitucional reconoció que, en ocasiones, los *obiter dicta* pueden tener en ocasiones una fuerza mayor que la persuasiva y, por

¹⁸⁸ REIZLER, Erwin, 1934, op. Cit., p. 162.

¹⁸⁹ PALOMARES, Jorge, El carácter vinculante de la jurisprudencia alemán en el derecho alemán, en *Vlsl*, Vol. 10, No. 2, p. 50.

¹⁹⁰ WINKEL, Laurens, *Ratio decidendi – Legal reasoning in Roman Law*, en Hamilton Brysson, W.; Dauchy, Serge, *Ratio decidendi: Guiding Principles of Judicial Decisions*, Band 1, Duncker & Humboldt, Berlín, 2006, p. 9.

¹⁹¹ WINKEL, Laurens, 2006, op. Cit., p. 9.

¹⁹² ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, 9a. Ed., Frankfurt am Main, 2019, pp. 18ss.

¹⁹³ C. Const., sentencia de unificación SU- 047 de 1999.

¹⁹⁴ C. Const., sentencia de unificación SU- 047 de 1999.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

tanto, tener un carácter vinculante, siempre y cuando, se cumplan unos requisitos. En palabras de la Corte:

Con todo, los *obiter dicta* o dichos de paso, no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. En efecto, en muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. Así, puede ocurrir que carezcan completamente de relevancia jurídica, que contengan elementos importantes, pero no suficientes ni necesarios para sustentar la respectiva decisión, que sirvan para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la decisión adoptada, o que pongan de presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir¹⁹⁵.

Esto creó unas dificultades de carácter hermenéutico y práctico. Por ejemplo, el operador jurídico ya no podía tomar como criterio determinante la relevancia pues, se debía revisar con detenimiento si una consideración de la Corte era relevante o no y si ésta era tangencial -*obiter dicta*- o relacionada directamente con el caso - *ratio decidendi*- y, además, determinar si existía alguna utilidad para el estudio. Asimismo, se debía establecer si lo dicho por la Corte o el juez de cierre constituía una regla de decisión clara o un canon para identificar una regla¹⁹⁶.

Ante estas dificultades, la Corte Constitucional trató de refinar la distinción entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi* y otorgarle un valor vinculante exclusivamente a esta última. En la sentencia T- 292 de 2006, la Corte establece una relación directa entre la *ratio decidendi* y el precedente judicial e indica que:

La *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional¹⁹⁷.

¹⁹⁵ C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 836 de 2001.

¹⁹⁶ Este es otro problema que encuentra Alexy en su teoría argumentativa. La aplicación de los métodos de interpretación como alternativa idónea para fundamentar una decisión judicial es viable, siempre y cuando se encuentren reglas claras sobre su empleo y, además esas reglas llevan a un resultado claro de n-N. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos no contemplan reglas concretas sobre ellas ni un sistema jerárquico. Tampoco contienen cánones que permitan establecer cómo llegar a una norma jurídica concreta. Alexy, 2019, op. Cit., pp. 19ss.

¹⁹⁷ C. Const., sentencia de tutela T- 292 de 2006.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Esta afirmación permite sostener que ya no debe preguntarse si los *obiter dicta* pueden ser relevantes y, por tanto, aplicables a un caso; por el contrario, sólo basta con acudir al fundamento de la decisión para determinar la utilidad de casos futuros. En consecuencia, la labor de la Corte Constitucional se concentró en determinar los criterios para identificar un precedente o no.

Una tercera dificultad podemos encontrarla en cuanto a la regla y su presencia en la decisión judicial. Algunos autores consideran que las decisiones judiciales implican una construcción precisa sobre las reglas y subreglas de decisión, de tal manera que la persona o el profesional jurídico sólo tiene que *encontrarlas* durante la lectura de ésta. Por ejemplo, López sostiene que la Corte Constitucional se apoya en el *common law* y, por tanto, hace una presentación de reglas que pueden ser aplicadas a casos futuros¹⁹⁸. El problema, en su opinión, consistiría en que esas reglas se encuentran dentro un de extenso desarrollo argumentativo¹⁹⁹ y, en ese sentido, deberá realizarse una búsqueda de ella, a partir de criterios desarrollados por la Corte Constitucional²⁰⁰.

Otros autores consideran que la regla de decisión no está *presente* en el caso, como lo plantea López, sino que ella se encuentra implícita en la decisión judicial²⁰¹ y, en consecuencia, el operador jurídico no realiza una búsqueda dentro de la sentencia, sino que la interpreta y, a partir del ejercicio, *crea*²⁰² o descubre la regla que debe aplicarse. Esta postura, que puede tener fundamento en la regla de reconocimiento²⁰³, llevará a preguntas de carácter teórico, pero con repercusiones prácticas. La primera consiste en cómo se descubriría esa regla; la segunda hace referencia a cuál sería la naturaleza de la regla descubierta. En otras palabras, ¿podría hablarse de que la regla *creada* es subsumible o, por el contrario, tiene una textura abierta que nos ubicaría ante un principio? En caso de ser así, la tercera pregunta que se enfrentaría es si ese principio requiere únicamente una interpretación que conduzca necesariamente a una subsunción o, por el contrario, reconocería la posibilidad de emplear una ponderación²⁰⁴.

198 LÓPEZ M., Diego, *el Derecho de los jueces*, Legis, 2a. Ed., Bogotá, 2014, pp. 219ss.

199 LÓPEZ m., Diego, 2014, op. Cit., p. 216.

200 López se apoya, fundamentalmente, en la sentencia SU- 047 de 1999. Sin embargo, la Corte Constitucional ha tenido un desarrollo más estructurado en la sentencia T- 292 de 2006 y en fallos recientes.

201 SIERRA, David, *El precedente: un concepto*, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, p. 256.

202 SIERRA, David, 2016, op. Cit., p. 256.

203 Un precedente no se constituye a partir de la sentencia que lo crea, sino de una sentencia posterior que reconoce su validez. La inquietud sería, entonces, si el segundo fallo solo tiene una función de reconocer y, por tanto, reproducir la regla enunciada en la primera sentencia o si, por el contrario, existe un margen interpretativo y creativo.

204 BERNAL, Carlos, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 254-256.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Estas dificultades permiten reconocer, por una parte, que la decisión judicial está compuesta por elementos que, en principio, podrían llevar a una confusión en torno a lo vinculante. Por tanto, la lectura de la sentencia debe estar fundamentada en una reflexión metodológica. Esta reflexión, a su vez, llevará a plantear un interrogante sobre el papel del juez respecto a la sentencia leída y, en concreto, frente al precedente, en el sentido de si sólo puede hablarse de una identificación o un descubrimiento y, además, si es posible un margen creativo.

c. Obiter Dicta

Este apartado comprende todas las reflexiones u opiniones incidentales, que el juez propone para argumentar su decisión²⁰⁵. Estas reflexiones, a su vez, no están diseñadas bajo el modelo de regla, principio o razón general²⁰⁶ y, en consecuencia, no tienen un valor vinculante. Asimismo, la Corte Constitucional ha sostenido que los dichos de paso no tienen una relación directa con los hechos o el problema jurídico a resolver, sino que tiene como finalidad servir de contexto jurídico²⁰⁷ y, por tanto, su fuerza es persuasiva, no normativa²⁰⁸. Esto puede verse con el siguiente ejemplo:

Corte Constitucional C- 117 de 2018

(...) las circunstancias de las mujeres en la repartición de funciones sociales también han estado atadas a violencia física, psicológica y económica en su contra. Una explicación de esa situación es que la determinación de las mencionadas funciones sociales las ha desprovisto de oportunidades de independencia económica, lo cual las ha llevado a estructuras familiares de dependencia respecto de sus parejas, con consecuencias como su vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Por todo lo anterior, la efectividad del derecho a la **igualdad material de las mujeres es un imperativo constitucional, que es correlativo a la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres.**

Las primeras líneas de este párrafo no contienen un enunciado deóntico, ni están ligadas al caso o problema jurídico, pero sirven de contextualización, para la regla general que se enuncia en negrilla.

205 C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 189 de 2006.

206 C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 189 de 2006.

207 C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 241 de 2010.

208 C. Const., sentencias de tutela T- 249 de 2003, T- 461 de 2003.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

d. Ratio decidendi

Como se comentó anteriormente, la razón de la decisión es el fundamento que le permite a un juez llegar a la resolución de un caso y tiene tres funciones²⁰⁹: a) asegurar que las decisiones judiciales se basen en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico; b) garantizar la coherencia del sistema y; c) favorecer el respeto a los principios de confianza legítima e igualdad en la aplicación de la ley. Antes de entrar en la estructura de este elemento, debe hacerse una breve mención a su vinculatoriedad.

La Corte Constitucional indicó que la *ratio decidendi* es vinculante para todos. Sin embargo, hizo una reflexión en torno a quiénes producen reglas de derecho vinculante. En un primer momento, se indicó que las sentencias de la Corte Constitucional eran fuente vinculante²¹⁰. Posteriormente indicó que las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia también constituían precedentes vinculantes, pues éstos eran los órganos de cierre de sus respectivas especialidades²¹¹. Luego, la Corte Constitucional indicó que, en ocasiones, las sentencias de los tribunales -administrativos o superiores de distrito judicial- podían constituir precedente, pues ellos fungen en varias ocasiones como órganos de cierre respecto a algunos casos²¹².

En ese sentido, la *ratio decidendi* de una decisión debe buscarse: a) la Corte Constitucional; b) el Consejo de Estado; c) la Corte Suprema de Justicia y; d) los tribunales administrativos y de distrito judicial, cuando los asuntos que revisan no son conocidos por los órganos de cierre.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la Corte Constitucional ha retomado una distinción. Cuando abordó los aspectos metodológicos de la *ratio decidendi*, la Corporación sostuvo que toda decisión de la Corte, sin importar su naturaleza, configura precedente. Según la Corte

24. Como corolario de todo lo anterior, tanto en lo concerniente a la *ratio decidendi* en materia de sentencias de constitucionalidad como en el caso de las de tutela, se puede concluir que la *ratio decidendi* de tales providencias constitucionales resulta vinculante para todos los operadores jurídicos, en virtud de varios fundamentos derivados de las competencias establecidas en la Carta.²¹³

209 C. Const., sentencia de tutela T- 292 de 2006.

210 C. Const., sentencia de unificación SU- 047 de 1999.

211 C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 836 de 2001.

212 C. Const., sentencia de tutela T- 698 de 2004. Véase también LÓPEZ M., Diego, *Eslabones del Derecho: el deber de coherencia con el precedente judicial*, Ed. Legis, 2016, p. 49.

213 C. Const., sentencia de tutela T- 292 de 2006.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

Esta postura ha cambiado un poco, pues la Corte ha distinguido entre las sentencias de unificación -que involucran a la Sala Plena- y las sentencias de revisión -que solo involucran una Sala-, y ha considerado que aquellas tienen preferencia respecto de éstas.

En consecuencia, antes de identificar una razón de la decisión dentro de un fallo de la Corte Constitucionalidad, debe verificarse si existe una sentencia de unificación y si ésta es aplicable.

Hechas estas aclaraciones, se mencionarán cuáles son los elementos que estructuran la *ratio decidendi*. La Corte Constitucional estableció que la *ratio decidendi* constituye una regla de derecho²¹⁴, es decir, un enunciado deóntico. Éste, a su vez podrá contener alguna de las finalidades de las normas previstos en el artículo 4 del Código Civil²¹⁵ y desarrollados por la literatura²¹⁶.

Esta regla, a su vez, debe ser lo suficientemente específica²¹⁷. Esto significa, que en el ordenamiento jurídico no son aplicables, en principio razonamientos amplios-*wide ratio*-, desarrollados por la teoría del precedente judicial. Un ejemplo de una razón amplia podría ser:

Corte Constitucional C- 621 de 2015 (razón amplia)

La Corte reiteró que el concepto de "ley" contenido en el artículo 230 Superior, se refiere a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien puede tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general, y que se incurre en el delito de prevaricato si cualquier autoridad pública emite resolución, dictamen o concepto que resulte ser *manifiestamente* contrario a la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general.

²¹⁴ C. Const., sentencia de tutela T- 292 de 2006.

²¹⁵ Art. 4 C. Civ.: „ Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar. “

²¹⁶ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, 7a. Ed., 2015, pp. 43s.

²¹⁷ C. Const., sentencia de tutela T- 292 de 2006.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

La regla debe responder, además, del problema jurídico que deriva del caso²¹⁸. Esto significa, que el juez que construye la decisión o el juez que la aplica deben tener en cuenta que las reglas de derecho tendrán una formulación semántica similar a los enunciados normativos que se encuentran en las leyes. Esto significa, que tendrán una redacción similar al "si (...), luego entonces (...)"²¹⁹. Por ejemplo:

Corte Constitucional SU- 508 de 2020 (Regla de derecho)

(iii) es posible que el juez de tutela excepcione la aplicación de la lista de exclusiones, siempre y cuando se cumplan las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia C313 de 2014, a saber:

- (a) Que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un claro deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
- (b) Que no exista dentro del plan de beneficios otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
- (c) Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
- (d) Que el medicamento o tratamiento excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

Fórmula abstracta

Si el juez verifica las condiciones a), b), c) y d), podrá excepcionar el listado de exclusiones del PBS y reconocer la prestación o suministro de un servicio o tecnología expresamente excluido.

III. SÍNTESIS

Toda sentencia judicial se divide en dos partes. La primera es la resolutive, que contiene la decisión concreta respecto a un caso, así como las órdenes a impartir dentro del mismo. La segunda es la parte motiva. Ésta fundamenta la decisión en concreto y se compone de: a) los hechos; b) el problema jurídico; c) los dichos de paso y; d) la razón de la decisión.

²¹⁸ C. Const., sentencia de tutela T- 292 de 2006.

²¹⁹ RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian, *Rechtstheorie*, Verlag C. H. Beck, 5a. Ed., Müncehn, 2010, pp. 81ss.



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

3.3 NÚCLEO PROBLÉMICO Y TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL

NÚCLEO PROBLÉMICO:	PROBLEMAS	RECURSOS PARA RESOLVERLOS:	Caso cerrado.
Motivación de la Sentencia	<ul style="list-style-type: none">● ¿Existe un deber de motivar las sentencias?● ¿Cómo se fundamenta una sentencia según la doctrina del Centro?● ¿Cómo se fundamenta una decisión en perspectiva de género?	TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL	<p>A partir de dos decisiones judiciales de jueces(as) y/o magistrados(as) especializados(as) se identifican los elementos universales de la sentencia.</p> <p>Argumentación judicial. El/la discente elaborará una línea jurisprudencial en la que se identifiquen los elementos universales de la estructura la decisión.</p>

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN

TÉCNICAS DE EVALUACIÓN	<ul style="list-style-type: none">● El/la discente hará un estudio de los casos propuestos para resolver los problemas planteados.● El/la discente elaborará un gráfico tomando como base las líneas jurisprudenciales identificadas● El/la discente formulará un nuevo problema sobre el tema de la Unidad.
------------------------	--



3.5 RECURSOS DIDÁCTICOS

RECURSOS DIDÁCTICOS

Estimación de Línea Jurisprudencial:

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 (5, febrero, 1996). M.P., Vladimiro Naranjo Mesa [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., p. 164 [Consultado: diciembre 9 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-970 (2, diciembre, 1999). M.P., Alberto Beltrán Sierra [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., f.j. 3.3 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-970-99.htm>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-468 (5, junio, 2003). M.P., Rodrigo Escobar Gil [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 46 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-468-03.htm>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-247 (28, marzo, 2006). M.P., Rodrigo Escobar Gil [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., f párr. 4.1 y 4.2 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-247-06.htm>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-214 (16, marzo, 2012). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea] En: relatoría de la Corte Constitucional. Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 4.1 [Consultado: diciembre 9 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-214-12.htm#:~:text=La%20motivaci%C3%B3n%20de%20los%20fallos,concreta%20derivada%20del%20debido%20proceso.&text=En%20el%20estado%20constitucional%20de%20derecho%2C%20la%20motivaci%C3%B3n%20adquiere%20mayor%20importancia>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-635 (7, octubre, 2015). M.P., Jorge Ignacio Pretelt [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 2.4.2 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU635-15.htm>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-012 (enero, 2016). M.P., Luis Ernesto Vargas Silva [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C. [Consultado: diciembre 11 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-012-16.htm#:~:text=La%20accionante%20manifest%C3%B3%20que%20la,esposo%20consisti%C3%B3%20en%20dejar%20de>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-718 (11, diciembre, 2017). M.P., Alejandro Linares Cantillo [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., [Consultado: enero 16 de 2021]. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-718-17.htm#_ftnref122



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

RECURSOS
DIDÁCTICOS

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-093 (marzo, 2019). M.P., Alberto Rojas Ríos [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., p. 139 [Consultado: diciembre 11 de 2020]. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-093-19.htm#_ftnref209

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-019 (27, enero, 2020). M.P., Alberto Rojas Ríos [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., párr. 3.9 [Consultado: diciembre 15 de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-019-20.htm>

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal. Radicación 41457 (4, marzo de 2015). M.P. Patricia Salazar Cuellar [en línea] Santa Fe de Bogotá, D.C., p. 1-30 [Consultado enero 14 de 2021]. Disponible en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

3.6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2 Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 372

COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1886 (5, agosto, 1886). Bogotá D.C., 1886.

COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Fondo de Población de las Naciones Unidas –UNFPA, junio 2011, p. 19-20. Disponible en: <https://colombia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MDGJUSTICIA12jun.pdf>

HART, Herbert. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot, BsAs, 2004.

KAHN, Paul W. Construir el caso. El arte de la jurisprudencia. Traducido por Daniel Bonilla Maldonado. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2017. p. 357

KENNEDY, Duncan. Libertad y Restricción en la decisión judicial. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1999. p. 221

POSNER, Richard. El entorno del juez: los condicionantes externos de la actividad de juzgar. En: Cómo deciden los jueces. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 141-177

REDACCIÓN JUDICIAL. Las dos sentencias con enfoque de género destacadas por la Rama Judicial [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: EL ESPECTADOR, diciembre 2020, Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/las-dos-sentencias-que-fueron-destacadas-por-la-rama-judicial-por-su-enfoque-de-genero/>



3.7 BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Material Didáctico de la Herramienta de Jurisprudencia de Género de las Altas Cortes [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, mayo 2020, [citado 11, diciembre, 2020]. Disponible en: <https://lector.ramajudicial.gov.co/SIBD/VIDEOTECA/Publicaciones/00000000/51813/Anexos/Material%20Didactico%20de%20la%20Herramienta%20de.pdf>

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Incorporación de la perspectiva de género y valoración probatoria [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, enero 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=5Hq1ALuWXig>

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Interseccionalidad, género y justicia constitucional [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional de Colombia, junio 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lo9ldP7-NqM>

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Fuentes normativas y jurisprudencia para la incorporación de la perspectiva de género y enfoque diferencial en las decisiones judiciales [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura enero 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=8flzOgYyAc8>

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Desarrollos recientes en materia de enfoque de género en la decisión judicial [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional de Colombia, noviembre 2020. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=n3vau_zKrOo

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Género y Derecho disciplinario [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, diciembre 2020. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=A_MawKpLPiA

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. La influencia del pensamiento de Robert Alexy en la filosofía del derecho [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, octubre 2020. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=bQmOe_-bnHE

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Un diálogo entre Robert Alexy y Ronald Dworkin en torno a la ponderación de derechos [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, enero 2021. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Myfw1G466XY>



MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO SOBRE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

BIBLIOGRAFÍA
SUGERIDA

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Un diálogo entre Robert Alexy y Ronald Dworkin en torno a la ponderación de derechos parte II [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, enero 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9lht8kuexyg&t=3s>

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Herramientas pedagógicas para la introducción de la perspectiva de género en la decisión judicial [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura, enero 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pGpJDAJEkOM>

FACIO, Alda y JIMENEZ, Rodrigo. La igualdad de género en la modernización de la Administración de Justicia [en línea]. [Washington D.C., Estados Unidos]: Banco Interamericano de Desarrollo Departamento de Desarrollo Sostenible Unidad para la Igualdad de Género en el Desarrollo, agosto 2007 [citado 11, diciembre, 2020] Disponible en: https://redmujeresjusticia.org.ar/wp-content/uploads/2019/07/la_igualdad_g%C3%83%C2%A9nero_modernizacion_administracio_justicia.docx1_.pdf

JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. Informe Final: Abordaje de los Derechos Sexuales y Reproductivos en las Facultades de Derecho con acreditación de Alta Calidad en Colombia [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia]: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2019, p. 16.

3.8 RESPUESTAS

RESPUESTAS

a) si considera mantener la pregunta de base sobre el deber de motivar implica reconocer cómo en la actualidad tal deber tiene sede Constitucional.

b) La doctrina sobre cómo fundamentar tiene un objetivo desarrollar el concepto del deber de la motivación al explicar la necesidad de la argumentación de toda sentencia.

c) En cuanto a las técnicas del distinguishing y overruling, son posibles en nuestro sistema reconociendo su origen en el common law.

d) Esta Unidad se resume de la manera siguiente: hay un deber general de motivar la sentencia que implica saber cómo fundamentar, por ejemplo, en perspectiva de género.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*



@escuelajudicial_rlb



@escuelajudicialrlb



@Ejrlbnet



@EJRLB



escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/