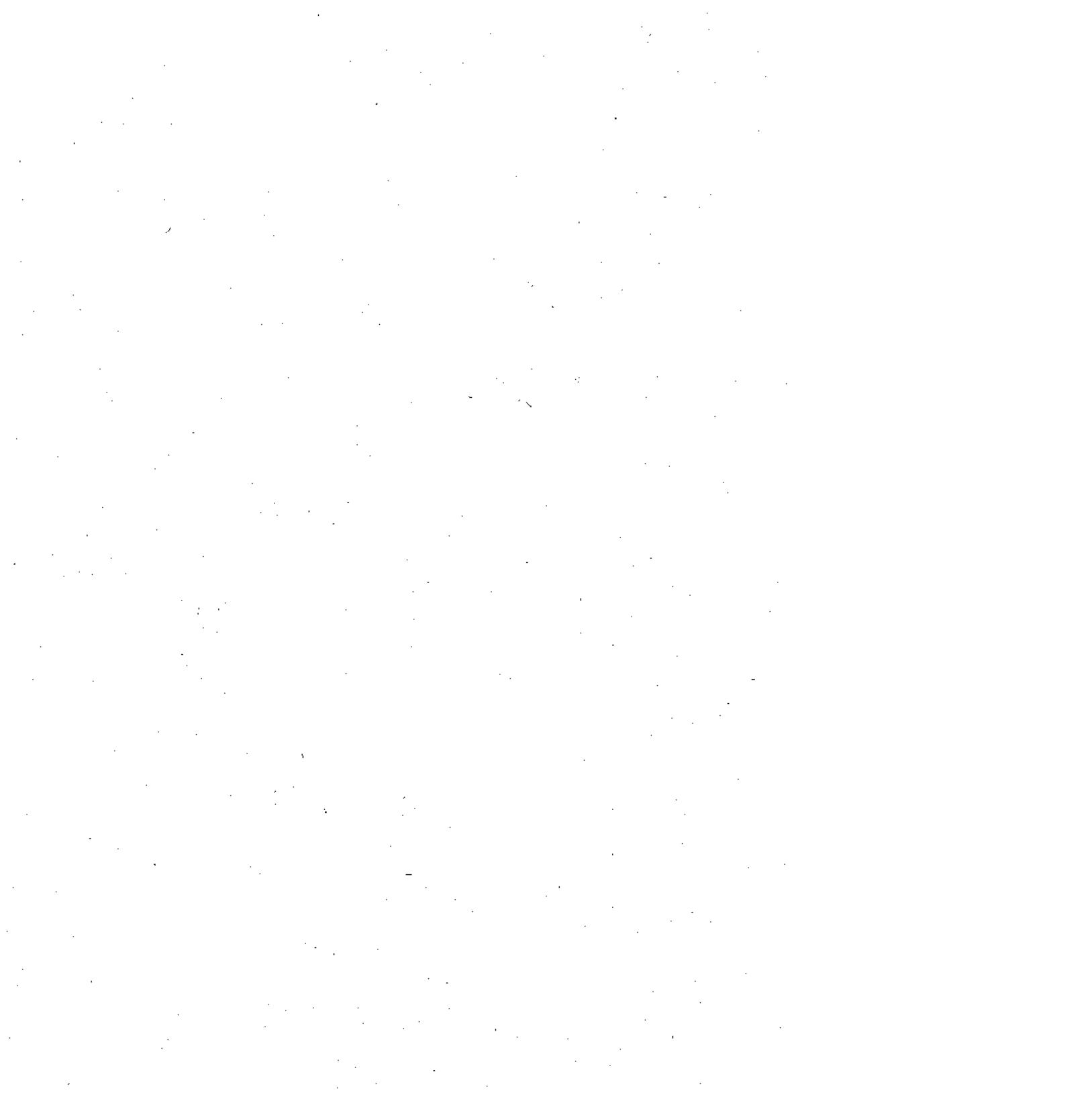


DEBATES RECIENTES EN LA
HERMENÉUTICA JUDICIAL

HERRAMIENTAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS
MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA



PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
Presidente

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Vicepresidente

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
EDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JOSÉ AGUSTÍN SUÁREZ ALBA
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

JHEISON TORRES ÁVILA

DEBATES RECIENTES EN LA
HERMENÉUTICA JUDICIAL
HERRAMIENTAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS
MÓDULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA

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

ISBN: 978-958-8857-73-2

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2017

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9^a-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

	Págs.
CONVENCIONES	15
JUSTIFICACIÓN	17
EL AUTOR	19
ESTRUCTURA DEL MÓDULO	21
OBJETIVOS	23
INTRODUCCIÓN	25
UNIDAD 1	
ENCUADREMOS EL DEBATE	
DERECHO JUDICIAL Y LITERATURA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, DISCURSOS Y NARRATIVAS	59
1.1. Lenguaje judicial y lenguaje literario	61
1.2. Interpretación judicial e interpretación literaria	62
1.3. La jurisprudencia como campo discursivo	66
UNIDAD 2	
EL LUGAR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA DE FUENTES	71
2.1. La jurisprudencia como fuente de Derecho	72
2.1.1. El significado de la jurisprudencia	74
2.1.2. El sistema de fuentes jurídicas	79
2.2. Fuentes jurídicas y normas de origen judicial en Colombia	83
2.2.1. La incipiente consideración del valor de la jurisprudencia: 1992-1995 ..	84
2.2.2. El peso de las sentencias: 1996-2000	87
2.2.3. El hito que condensa el sistema de precedentes: la Sentencia C-836 de 2001	88
2.2.4. El control excepcional: la doctrina del derecho viviente	91
2.3. Resumen esquemático	94
2.4. Un ejemplo ilustrativo: La Corte de Oro 1936-1940	96
2.5. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa	97
2.5.1. La historia	97
2.5.2. La primera instancia	98
2.5.3. Los argumentos de las partes	98

2.5.4. Las preguntas para la segunda instancia.....	99
2.6. Ejercicio de relación.....	100
UNIDAD 3	
LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL	105
3.1. El precedente: ¿Fuente auxiliar o fuente obligatoria?.....	107
3.2. Un abanico de fundamentos del precedente judicial.....	108
3.2.1. Seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento jurídico	109
3.2.2. Libertad ciudadana y desarrollo económico	110
3.2.3. Respeto del principio de igualdad	111
3.2.4. Control de la actividad judicial	112
3.2.5. Unificación jurisprudencial: la consagración legal de la fuerza vinculante	113
3.3. El precedente judicial: del argumento de autoridad al razonamiento jurídico..	116
3.3.1. El precedente como argumento de autoridad	117
3.3.2. El razonamiento jurídico sobre los precedentes.....	121
3.3.3. Razones suficientes y adecuadas para apartarse de los precedentes.....	122
3.4. Un ejemplo ilustrativo: la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)	125
3.5. Resumen esquemático	129
3.6. Poner a prueba el criterio jurídico.....	130
3.7. Ejercicios de ficción legal: las leyes de la robótica.....	131
3.7.1. La historia	132
3.7.2. Las preguntas	134
UNIDAD 4	
LAS SENTENCIAS JUDICIALES: LOS SUJETOS JURÍDICOS, LOS HECHOS, LOS CONCEPTOS, EL PROBLEMA Y LA <i>RATIO DECIDENDI</i>	135
4.1. Análisis de caso hipotético: la adopción en parejas del mismo sexo	136
4.1.1. El contexto.....	136
4.1.2. Las historias particulares.....	137
4.1.3. Las preguntas	139
4.2. La tradición conceptual y la tradición analógica de análisis jurisprudencial....	139
4.3. ¿Cómo se interpreta una sentencia?.....	141
4.3.1. Los (as) sujetos (as) jurídicos (as)	143
4.3.2. Los hechos.....	144
4.3.3. El problema	148
4.3.4. La <i>ratio decidendi</i> o subregla: la fuerza vinculante	151
4.3.5. Los conceptos: la dogmática jurídica.....	161
4.4. Resumen esquemático: la ficha de análisis	162

4.5. El Cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para juzgar a los congresistas entre 2007 y 2009	164
4.5.1. La historia	164
4.5.2. Los problemas de la historia.....	165
UNIDAD 5	
SIETE PASOS PARA HACER UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	169
5.1. Paso 1: Plantear un problema jurídico	172
5.1.1. Cómo NO plantear un problema jurídico	172
5.1.2. Cómo plantear un problema jurídico	173
5.2. Paso 2: Identificar un punto inicial de apoyo.....	174
5.2.1. Cómo NO identificar el punto de apoyo	174
5.2.2. Pistas para identificar un punto de apoyo	176
5.3. Paso 3: Realizar “ingeniería reversa”	176
5.3.1. Citación en el punto de apoyo	177
5.3.2. Citación en el inventario.....	181
5.3.3. Contraste citacional.....	182
5.4. Paso 4: Analizar los hechos relevantes y sus parecidos de familia	187
5.5. Paso 5: Identificar las subreglas que se encuentran en el campo decisional	189
5.6. Paso 6: Reconstruir argumentativamente la línea jurisprudencial	199
5.7. Paso 7: La presentación gráfica del campo decisional y su uso estratégico	203
5.7.1. Dibujar el campo decisional	203
5.7.2. La estrategia de litigio y el litigio estratégico.....	207
5.7.3. Herramienta interdisciplinar.....	210
5.8 Resumen esquemático	211
5.9. Ejercicio de análisis.....	212
5.9.1. ¿Protección especial en incapacidades laborales?	212
5.9.2. La historia	212
5.9.3. Los alegatos	212
5.9.4. El análisis	213
5.10 ejercicios de autoevaluación.....	213
UNIDAD 6	
PONDERACIÓN, CONCRECIÓN Y RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	215
6.1. Introducción.....	215
6.2. La ponderación en perspectiva	221
6.3 Ponderación en derechos de libertad.....	224

6.3.1 Doctrina sobre la ponderación de los derechos de igualdad	232
6.3.2 Doctrina sobre ponderación de derechos sociales	243
6.4. Actividades pedagógicas	249
6.5. Autoevaluación	253
UNIDAD 7	
DEBATES RECIENTES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	257
7.1. Debates recientes sobre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad. La autoejecutabilidad del derecho internacional.....	257
7.2. ¿Qué es el control convencional?	258
7.3. El caso de la C-442 de 2011	263
7.4. Actividades pedagógicas	265
7.5. Autoevaluación	266
GLOSARIO	268
BIBLIOGRAFÍA.....	270
JURISPRUDENCIA	284

CONVENCIONES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivos específicos</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>b</i>	<i>Bibliografía</i>

JUSTIFICACIÓN

El presente texto no hubiese sido posible sin el apoyo de un equipo de personas que estuvieron al frente del mismo. David Armando Rodríguez y Michael Cruz son los impulsores y el núcleo del equipo académico para su elaboración. También es necesario agradecer a Marisol Díaz y Carolina Acosta quienes siempre nos apoyaron en el proceso administrativo.

EL AUTOR

Jheison Torres Ávila, es abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante. Es profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia y Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma Universidad. También ha sido profesor de las Universidades Santo Tomás, Rosario y Andes. Se ha desempeñado como director de proyectos en el área de Derechos Humanos, Justicia Transicional y Ordenamiento Jurídico en instituciones como la Defensoría del Pueblo, CNRR, PNUD y el Ministerio del Interior. Ha participado como conferencista en universidades nacionales e internacionales dentro de las que se destacan la Universidad de Konstanz, UNAM y Valencia.

JUSTIFICACIÓN GENERAL DEL MÓDULO

Ejemplos como el anterior hay muchos más. Este texto, pretende acercarse a los debates filosóficos contemporáneos y ambientar una teoría de la interpretación desde horizontes más amplios que las de los clásicos manuales de interpretación jurídica. Para ello, se busca de manera muy ágil y cercana, mostrar el rumbo del pensamiento filosófico y social durante el siglo XX, y relevar cómo la labor que hacen los juristas al dar sentido a enunciados normativos, no es otra cosa que el desarrollo de paradigmas del conocimiento contemporáneos, y cercana a la labor que hacen por ejemplo, antropólogos cuando dan sentido a prácticas culturales diversas y en principio incomprensibles; o de lingüistas al ofrecer una nueva interpretación de una noticia, evidenciando su carácter sexista o racista (en principio ignorada); o la labor del historiador, cuando al estudiar una fuente distante en el tiempo le da sentido al papel de un molinero en la sociedad medieval del siglo XVI. ¿Por qué no aprovechar los avances de dichas disciplinas en la labor de la interpretación? El módulo pretende esto. Podría objetarse: acudir a técnicas para dar sentido al lenguaje de origen diverso al Derecho implica forzar el trabajo común de diversas disciplinas, que no han tenido contactos. ¿En qué puede ayudar el análisis de los lingüistas críticos, al trabajo con fuentes jurídicas? o, por el contrario, buscar acercar a la metodología jurídica a otras herramientas, ¿se traduce en imponer análisis que no armónicos, o que, en últimas, no generan aporte? El presente, a menudo guía de ruta, propone enfrentarse al hecho insoslayable de la llamada globalización, la que se puede entender de diversas maneras, aunque pocos niegan que la vivimos, hace que la mirada al pasado se impregne de los interrogantes del presente. Hay en esta observación algo importante que destacar y es que las nuevas preguntas con frecuencia solo se pueden responder desde la perspectiva de más de una disciplina, de más de un saber, de la complementariedad metodológica y desde perspectivas teóricas sólidas. En una palabra, la transdisciplinariedad está instalada como exigencia. Aún más, la legislación colombiana, y el presente, están separados, al menos por una generación. La Constitución de 1991, ya está a medio camino de cumplir tres décadas. Buena parte de la jurisprudencia fundadamente sobre derechos fundamentales, también, tiene al menos, dos décadas. Qué diferencia existe, cuando leemos una sentencia de 1992, a cuando leemos un periódico de 1992. Ninguna. Entre el documento y nuestro presente, existe la misma relación que entre el historiador o el jurista.

ESTRUCTURA DEL MÓDULO

Para ello se divide el texto en siete unidades. Un primer acápite, a manera de introducción larga, tiene como objetivo acercar al lector a los debates filosóficos y teórico-jurídicos sobre la hermenéutica como labor de compresión de discursos (prácticas, hábitos, textos escritos, testimonios, etc.). En ella, de manera muy ágil, se explica el papel de la hermenéutica en la filosofía contemporánea, concretando tanto los antecedentes (Nietzsche y Heidegger), como los autores más relevantes (Gadamer y Ricouer). Se verá que estas reflexiones, no solo son pertinentes al Derecho, sino que alumbran la forma de trabajo de los jueces, litigantes, y operadores. Permitirá resolver debates que la literatura especializada, por momento, parece no salir.

Este primer fragmento del texto, busca ampliar el horizonte filosófico en el que debe verse la actividad de la hermenéutica, como labor de compresión de cualquier manifestación cultural.

En la primera unidad, pretenderemos, ahora, recoger la literatura, ya no de filosofía (general), sino de Teoría del Derecho, que permite introducir al lector en la *tradición jurídica* relevante, sobre interpretación jurídica y/o constitucional.

En la segunda gran parte (Desarrollos recientes de “los debates de siempre”) –dividida en 5 unidades (de la 2 al 6)– podremos introducirnos en la *técnica* de interpretación jurídica. En ella, a partir de las reflexiones de la primera parte, se busca exponer los debates de “siempre” y transversales al derecho colombiano, en un espectro más amplio. Se abordarán conceptos fundamentales del derecho colombiano, así como las herramientas que permiten dar sentido a los textos jurídicos.

A partir de la unidad primera, el módulo inicia presentando los debates teóricos y metodológicos relacionados con el análisis jurisprudencial. En la segunda unidad, se aborda el debate sobre la jurisprudencia como fuente jurídica y su peso específico en el sistema de fuentes, concretando el significado más práctico de la noción de *precedente*. Allí se ilustra el desarrollo del valor de la jurisprudencia en Colombia y de las normas de origen judicial, finalizando con un breve acercamiento a la doctrina del derecho viviente.

La tercera unidad se concentra en la discusión sobre la obligatoriedad del precedente y los fundamentos que le sirven de base: la seguridad jurídica y

la coherencia del ordenamiento jurídico, la libertad ciudadana y el desarrollo económico, el respeto del principio de igualdad, el control de la actividad judicial y la unificación jurisprudencial. Luego, muestra el tránsito entre el precedente como simple argumento de autoridad y el *precedente* como razonamiento jurídico, es decir, como las razones que se presentan de forma más adecuada para dar solución a casos prácticos. Esto último incluye la autonomía judicial en el marco del razonamiento jurídico para apartarse de los precedentes y las razones que se consideran legítimas para ello.

La cuarta unidad está dedicada a poner en práctica el trabajo analítico de descomponer las sentencias en sus partes y ver con ejemplos la forma en que ello se realiza, de esta manera se logra desentrañar los argumentos que sirven de base a la decisión. Allí se invita al análisis de las providencias judiciales individualmente consideradas, busca desglosar los elementos que componen una sentencia acudiendo a varios ejemplos sobre la forma de identificar los (as) sujetos (as) jurídicos (as), los hechos, los conceptos, el problema y la *ratio decidendi*.

La quinta unidad se ocupa de ofrecer siete pasos para hacer una línea jurisprudencial, explicando con ejemplos y ejercicios la manera en que se debe interpretar un campo decisional y se debe identificar *los precedentes* en cada uno de sus escenarios. La reconstrucción de una línea jurisprudencial inicia con la formulación de un problema jurídico, la identificación de la sentencia más reciente a partir de la cual se rastrean las decisiones antecedentes, se analizan los casos prácticos en que fueron aplicadas y las subreglas que se originaron en su aplicación. Al final resta por reconstruir argumentativamente la línea jurisprudencial dentro del campo decisional y presentarla en forma gráfica tomando en consideración sus potencialidades como argumento jurídico.

La segunda sexta, se concentra en la profundización de debates sobre la ponderación, ya no como herramienta genérica de concreción del núcleo esencial de un derecho fundamental, sino que se profundizará en la puntualización de la ponderación en derechos de igualdad, derechos de libertad, y derechos sociales. Por esto, la segunda unidad tiene como título.

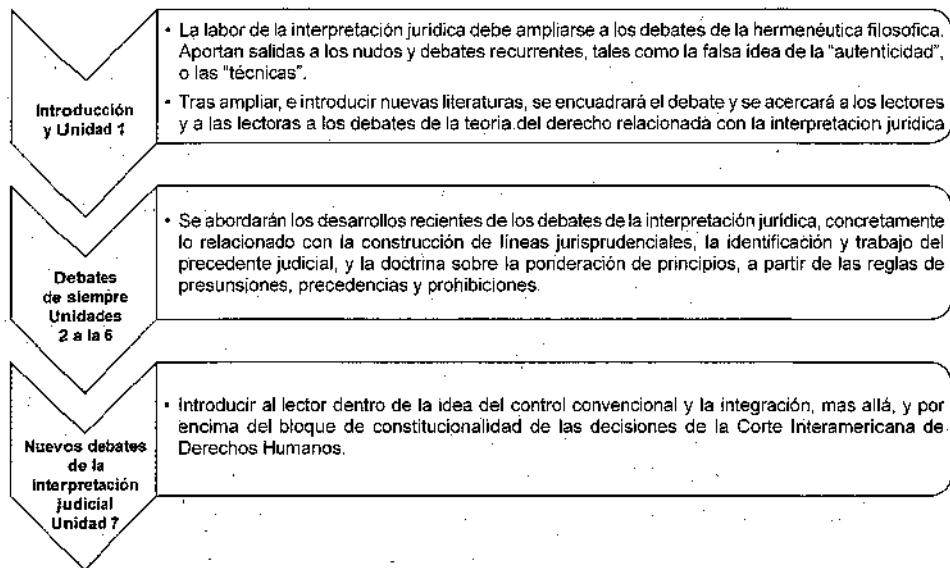
Finalmente, en la última unidad buscaremos tratar los debates “recientes” de la hermenéutica colombiana, específicamente relacionada con la *autoejecutabilidad* del derecho internacional de los derechos humanos, bajo el debate del “Control convencional”.

OBJETIVOS

Og	<p><i>Objetivo general</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. Estudiar y analizar elementos de debate teórico y metodológico sobre el análisis de providencias judiciales, de las líneas jurisprudenciales y de los <i>precedentes judiciales</i>, la herramienta de la ponderación a partir de la restricción de tipos de principios, y de la idea del control convencional.2. Fortalecer el análisis de providencias judiciales y la construcción de líneas jurisprudenciales a partir de ejercicios y estudios de casos orientados a la construcción de soluciones prácticas y el ejercicio sistemático de aplicación de los <i>precedentes</i>.
Oe	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. Estudiar y analizar debates sobre la hermenéutica filosófica (concretamente a autores como H. G. Gadamer y P. Ricouer) más amplias a la técnica jurídica; teólogos, antropólogos, lingüistas, y muchos saberes más se enfrentan a dar sentido a manifestaciones escritas del pasado. La literatura especializada ha teorizado estas actividades. La <i>hermenéutica</i> puede resolver nudos ciegos de la interpretación jurídica, y dar nuevo aire a los debates del Derecho.2. Promover el aprendizaje autodirigido ventajoso para la adopción de decisiones judiciales, que reduzca la complejidad y el número de providencias a considerar para fundamentar las decisiones adecuadamente, contribuya a la responsabilidad judicial, a la seguridad jurídica y al respeto por el derecho fundamental a la igualdad.

Oe

3. Identificar la herramienta de la ponderación de una manera más diferenciada, dependiendo de cada caso, y relevar las presunciones, prohibiciones, reglas, y subreglas de restricción, dependiendo de los tipos de principios constitucionales, y del contenido *prima facie* de la obligación legal, constitucional, pública o privada.
4. Reconocer la obligación del control convencional en la labor de concreción cotidiana de derechos y libertades, tanto en sedes ordinarias como constitucionales.



INTRODUCCIÓN

LA SUPERACIÓN DE UNA PESADILLA O UN NOBLE SUEÑO, LA DIMENSIÓN HERMENÉUTICA

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Contextualizar y ambientar los debates de la interpretación colombiana dentro de las discusiones de la filosofía y de las ciencias sociales contemporáneas. Concretamente de la hermenéutica filosófica gadameriana.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none">• Demostrar que determinados debates de la interpretación jurídica pueden ser iluminados por la filosofía hermenéutica contemporánea. Los “nudos” o debates permanentes sobre la labor de los juristas pueden ser “desatados” desde una lectura teórica.• Hacer una lectura filosófica de la “interpretación”, para evidenciar que se trata de una actividad constitutiva de la labor del jurista. Con límites, posibilidades y potencialidades.

“Libertad e igualdad son las simples categorías en que frecuentemente se resume lo que debería constituir la determinación fundamental y el fin resultado último de la Constitución. Aun cuando la afirmación contenida aquí sea verdadera, sin embargo, lo que hay de defectuoso en dichas determinaciones es ante todo que son meramente abstractas. Y cuando son mantenidas en esta forma de la abstracción, son propiamente ellas las que no dejan surgir o destruyen la concreción; es decir, una organización del Estado, una Constitución y gobiernos en general” (Negrillas fuera del texto).

Hegel, Párr. 539 Enciclopedia de las ciencias filosóficas.

Hart explicaría las grandes disputas de la interpretación jurídica en dos grandes tendencias, “los de la pesadilla o los del noble sueño”¹. De los primeros diría que se trata de los juristas que consideran que la interpretación y la aplicación del derecho

1 H. L. A Hart..., “American jurisprudence through English Eyes: the Nighmare and the noble Dream” (1977), en Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 123-144. En castellano H. L. A Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el nombre sueño (trad. J. J. Moreno y P. E Navarro) E. Pompeu Casanova y J. J. Moreno (eds.) El ámbito de lo jurídico, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-250.

lleva implícita la facultad de los jueces para comportarse como legisladores: "la pesadilla es la siguiente. En los casos ante los jueces, los litigantes se consideran con derecho a recibir una aplicación del derecho existente a sus disputas, no nuevas leyes hechas por ellos. Por supuesto, es aceptado que lo que el derecho *es* no lo es de forma necesaria y, muy a menudo, no lo es de manera obvia, y que una larga experiencia del jurista puede ser necesaria para extraerlo de las fuentes apropiadas... La pesadilla es que esta imagen del juez distinguiendo del legislador, es una ilusión, y que las expectativas que esta sugiere están condenadas a decepcionar siempre, desde un punto de vista externo... [En últimas, los tribunales se comportan] como una tercera cámara legislativa...".

Se puede volver ahora al polo opuesto. Lo que ha denominado el noble sueño. Esto como antítesis a la pesadilla, tiene muchas variantes, pero en todas sus formas representa la creencia, tal vez la fe, en que a pesar de la apariencia superficial de lo contrario y a pesar, incluso, de completos períodos de aberraciones y equivocaciones judiciales, todavía se puede ofrecer una explicación y una justificación de la expectativa común de los litigantes, de acuerdo a la cual los jueces deben aplicar a sus casos el derecho existente y no hacer para ellos leyes nuevas aun cuando el texto de las provisiones constitucionales específicas, disposiciones legislativas y otros precedentes disponibles parezcan con ofrecer una guía determinada". En el espectro que dibuja Hart, parece que se puede ubicar a las diferentes tradiciones y autores de la reflexión teórico-jurídica sobre la interpretación jurídica. Desde el realismo jurídico, al positivismo, el contemporáneo iusnaturalismo, hasta quienes desde la tópica o la argumentación explican el comportamiento de los sistemas jurídicos. En este espectro, y conforme a la relación con la interpretación y la libertad del juez, es posible ubicar entre la "pesadilla" y "noble sueño", y sus lugares intermedios.

Estos pasajes del texto de Hart, permiten ordenar la literatura jurídica, y las posiciones frente a la interpretación jurídica². En ellas, parafraseando a Hart, se pueden encontrar autores enfrentados que describen la labor interpretativa

2 Más adelante desarrollaremos una explicación más amplia. Pero la idea fundamental es que la doctrina reconoce que entre interpretación jurídica y jurídico-constitucional, no existe una diferencia cualitativa. Tal vez una cuantitativa (mayor cantidad de fuentes a disposición). Cfr. WROBLEWSKI Jerzy Constitución y teoría general de la interpretación, Cuadernos Civitas p 18. Pero no solo esto. Desde el punto filosófico que defendemos, no existe ninguna diferencia entre ningún tipo de interpretación, ya se trate de textos, obras de arte, manifestaciones culturales, etc. toda interpretación es un diálogo entre dos horizontes temporales que buscan la comprensión. Entendida así, no existe diferencia teórica entre interpretación jurídica y constitucional. Tal vez, en determinados casos, diferencias de técnica, referidas a la relación con la tradición.

como una labor fuertemente controlada (con su propia objetividad), en la que los materiales jurídicos –solo ellos– están en condiciones de proporcionar respuestas; y otros que apuntan a que es una labor con una amplia discrecionalidad³ y creatividad por parte del operador, en la que en muchos casos la labor se acerca a la de un legislador. Estas disputas intentan ser superadas, revaluadas, desde la filosofía hermenéutica y su recepción en la teoría jurídica. En la literatura comparada estos encuentros entre filosofía analítica, hermenéutica y teoría jurídica son de larga data, aunque evidentemente no son hegemónicas dentro de las escuelas jurídicas. En las academias italiana y alemana⁴, la influencia ha sido constatada con más frecuencia. Por el contrario, en la literatura en español, la relación e influencia de Gadamer y Ricouer en la teoría de la interpretación es apenas visualizada⁵.

La pretensión, de este módulo, en parte es, acercar a los lectores a una tradición jurídico-filosófica de amplísima recepción e influencia en otras latitudes y que aún no ha sido introducida de manera generosa en el pensamiento jurídico colombiano. Por supuesto, la novedad no es suficiente para embarcarnos en esta aventura. La convicción más relevante a transmitir, es que la filosofía hermenéutica resuelve disputas como las que presenta H. L. Hart. Es una nueva forma de referirse y enfrentar los debates y tensiones de la teoría jurídica, concretamente, frente a la interpretación. Puede llevar a superar “nudos ciegos” –ver otros nuevos–, pero sobre todo a profundizar y complejizar las discusiones sobre la comprensión y aplicación del Derecho.

El módulo sobre herramientas de interpretación jurídica que el lector tiene en sus manos merece varias aclaraciones. No solo por su contenido, sino por el escenario en el que aparece. Se empieza por el segundo punto. Resulta enigmático,

3 Además del ensayo de Hart arriba parafaseado resultan importantes: el clásico de J. H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard university press, 1981. En castellano se puede consultar DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución como orden Abierto*, McGraw-Hill, Madrid 1997.

4 ZACCARIA G. *Ermeneutica e giurisprudenza. I Fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffre, 1984. En el caso alemán es evidente que la mayor influencia se dio en torno a Kaufman y Larenz, Cfr. FROMMEL, M., *Die Rezeption der hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1981, W. HASSEMER, *Hermenéutica y derecho*, en “anales de la cátedra F. Suárez”, 25, 1985, pp. 77. En el mundo anglosajón Cfr. HOY, D. C., *Interpreting the law: hermeneutical and poststructuralist perspectives*, en *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 136 -176.

5 OSUNA FERNÁNDEZ LARGO, A., *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993.

en al menos un aspecto, hacer un barrido sobre la literatura colombiana disponible sobre el título. Se encuentra una gran cantidad de textos y artículos académicos en los que se explican *las técnicas* multicitadas de la interpretación jurídica desde Savigny. En los manuales de introducción al derecho, como en los de interpretación jurídica, se reiteran los “métodos de interpretación”: literal, sistemático, histórico, etc.⁶ De otro lado encontramos obras más teóricas que reconstruyen debates centenarios, y que aportan nuevos autores a nuestra tradición⁷. ¿Por qué escribir un nuevo texto sobre herramientas de interpretación jurídica? La respuesta se puede nutrir del primer aspecto: el contenido o estrategia que quiere proponer el autor. Se considera que un nuevo módulo sobre interpretación tiene sentido solo si aporta una nueva visión, una nueva lectura a la labor de jueces, profesores, estudiantes, operadores jurídicos.

La segunda aclaración, lleva entonces a la necesidad de precisar el contenido del módulo. Pretende claramente acercarse a los debates sobre este asunto (la hermenéutica, ya mencionada), pero no desde la producción de la disciplina del Derecho. Por el contrario, busca encuadrar *la interpretación* (no solo la labor de dar sentido, sino de hecho, *de conocer* lo otro, *de comprender*) en un marco más amplio; la filosofía contemporánea y las ciencias sociales surgidas del giro hermenéutico⁸. Esto solo en el primer acápite del módulo. En los restantes, como veremos, aplicaremos las conclusiones filosóficas y epistemológicas a la práctica de operaciones jurídicas.

¿Por qué acercarse a esta tradición? La hermenéutica es una corriente filosófica que en muchos aspectos se ha convertido en dominante en las discusiones sobre la posibilidad del conocimiento científico actualmente. Tras el ocaso de las grandes tradiciones científicas de la modernidad (positivismo, racionalismo, etc.), que sin duda permearon todos los debates sobre interpretación jurídica, la hermenéutica se ha convertido en el nuevo marco de referencia, de discusión y de respuestas. Piénsese por ejemplo, que la pretensión de las técnicas de Savigny sobre la interpretación judicial, no son otra cosa que la concreción del historicismo alemán, y la pretensión de hacer controlable, objetiva, universalizable, las decisiones de los jueces.

6 La hermenéutica, desde la antigüedad y la escolástica ha sido vista como una técnica (*techné*), relativa a las reglas de interpretación de documentos escritos, más que como una teoría.

7 Ejemplificante de este tipo de textos es el módulo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara. “Interpretación judicial” UPRIMNYEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés.

8 Una explicación sobre el Giro Hermenéutico y el Derecho, concretamente la interpretación se encuentra ZACCARIA Giuseppe, “Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración” en Razón e interpretación jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 154.

Estas técnicas, casi con el prestigio de remontarse al derecho romano, y por lo mismo, de gozar de “la sabiduría del tiempo”, solo pretenden enmarcar la interpretación y aplicación del Derecho dentro del marco del racionalismo científico. Se puede decir que con ellas, se pretendía encontrar herramientas traídas de las matemáticas, la lógica, o la geometría, que al igual que en aquellas, hiciera las respuestas en el Derecho “correctas”. Las técnicas de Savigny eran al Derecho, lo que las operaciones geométrico-matemáticas, a la física. Ahora, sin duda, dicho paradigma sobre las ciencias, ha cambiado, y este ha atravesado los debates sobre la interpretación jurídica. Se puede decir, que las ciencias de finales del siglo XX e inicios del XXI, se han concentrado en señalar que es posible encontrar diferentes criterios para defender una conclusión como “cierta”, “correcta”, o “verdadera”. No existe una sola verdad, dicho grado de conocimiento, de hecho no es prioritario. Así, parece ser que las ciencias no buscan encontrar “la verdad”, sino llegar a conclusiones “plausibles”. De esta manera en el mundo del Derecho, son más amplias las teorizaciones que señalan que no es posible defender una respuesta correcta, sino a lo sumo, como mejor expectativa: razonable, argumentada. Es por ello, que la interpretación cobra un sentido más teórico que técnico. Y esta teoría, es la hermenéutica.

El brevísimo bosquejo que presentamos, hace sospechar al lector que la hermenéutica (autores como Hans Georg Gadamer, Paul Ricouer), ha sido fundamental en las ciencias del siglo XX. Y efectivamente ha sido así. Uno de ellos, Gianni Vattimo, por ejemplo, señala que los grandes paradigmas de las ciencias: el marxismo y el estructuralismo han dado paso a la hermenéutica, esta tradición es la que al parecer, orienta las ciencias del siglo XXI. La hermenéutica se ha convertido en la forma en la que desde la segunda mitad del siglo XX se ha intentado dar respuesta a las constantes preguntas en las ciencias sociales, y por supuesto en el Derecho.

Este escenario, la preeminencia de la hermenéutica, su pertinencia para la interpretación jurídica, y especialmente por la relevancia que ha tenido en otras latitudes, hace que esta tradición sea la que introduzca este módulo. Esto es lo novedoso, pero además permite resolver diversas disputas sobre lo que creemos, falsas distinciones entre interpretación jurídica e interpretación constitucional. Una reflexión teórica (aunque por supuesto, sin descuidar lo técnico) muestra las esencialidades de la interpretación, independiente si se trata de una norma legal o constitucional.

La interpretación y el conocimiento. Todo conocimiento es interpretación

Se inició esta introducción con un párrafo de la Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas de Hegel. Se busca ambientar filosófica y epistemológicamente, que la interpretación jurídica, no es solo como una labor importante, o incluso muy importante, sino constitutiva de todo conocimiento, y concretamente del trabajo de todo operador jurídico. Este párrafo de la enciclopedia de las ciencias filosóficas de Hegel, resume la importancia nuclear de la interpretación de normas legales y constitucionales. En este fragmento cuestiona a Kant y por esa vía a Rousseau, la ambigüedad, imprecisión, generalidad, abstracción de los principios contenidos en las declaraciones de derechos. Los contractualistas afirmarían que existen verdades autoevidentes, denominadas derechos naturales. Estas preceden al Estado, el cual se limita a reconocerlos, mas no a constituirlos.

Hegel los cuestiona y debate. Señala que estos principios, declaraciones de derechos, etc., requieren concreción, historización, ser *limitados y restringidos*, si ello no es así (cuando son mantenidas en esta forma de la abstracción) *son propiamente ellas las que no dejan surgir o destruyen la concreción*. Sin concreción (restricción y determinación histórica de los límites de un derecho subjetivo) en últimas la libertad no existe; solo la concreción –la interpretación– lo crea⁹. Este párrafo introductorio, evidencia la importancia filosófica de la interpretación jurídica. Además, en algo le asiste razón a Hegel; ¿De qué le sirve a un ciudadano o ciudadana, saber que la Constitución contiene el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, si al momento de ser reivindicado en sedes judiciales, este no es aplicado?, mantenerlo en la abstracción lo elimina. El principio constitucional debe ser *negado, mediatisado*, para que sea histórico, concreto.

La Constitución de 1991 contiene *máximas optimizables*, que si no son concretadas de manera balanceada, equivale a no tener norma constitucional, ni derechos fundamentales. La concreción de un principio abstracto, hace histórico, concreto, determinable, el contenido de un derecho. Así parezca paradójico, la restricción, la limitación, crea. Sin esta *mediación* dicho derecho no pasa de ser una abstracción inaplicable, en últimas inexistente. Hegel atribuye al derecho un significado inusual, que contrasta con ciertos planteamientos iusnaturalistas y sobre todo kantianos que lo consideran como la limitación de la libertad de cada uno con el fin de conseguir la armonización y la convivencia de todas las respectivas

9 · Filosofía del Derecho, párrafo 211. En ella defiende la codificación napoleónica, como concreción de las máximas de la Ilustración.

libertades individuales. Para Hegel esta limitación es la determinación, la dotación de contenido y realización, ya que anteriormente a esta armonización la libertad era pura posibilidad indeterminada. El Derecho designa en Hegel el movimiento de reconciliación entre el principio y la realidad efectiva.

Acúdase a un ejemplo que ilustra el debate entre Kant (y los contractualistas) frente a Hegel. El artículo 16 de la Constitución Política de 1991, establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como abstracción, como generalidad. Solo cuando la Corte en su Sentencia C-355 de 2006, limita, restringe, y en últimas concretiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, surge la libertad concreta y ejercible. Esta sentencia armoniza, reconcilia, el principio constitucional, con la realidad de las mujeres obligadas a interrumpir la gestación en condiciones insalubres.

Este módulo, moviéndose entre los debates más recientes del Derecho Constitucional colombiano, la filosofía contemporánea, y partiendo del reconocimiento previo: “no hay disciplina más filosófica que el derecho constitucional” [si se quiere la interpretación], o lo opuesto, no existe disciplina más jurídica que la filosofía moral sobre derechos fundamentales¹⁰, intenta relevar la importancia de la hermenéutica jurídica, en un marco más amplio de reflexión. Se parte de una tesis que atraviesa el texto. Si Alexy afirmó y articuló su teoría de la argumentación jurídica como una forma especial de la teoría estándar de la argumentación de raigambre habermasiana, aquí se desfiende que la interpretación jurídica, es una forma específica de la hermenéutica filosófica contemporánea, de extracción gadameriana.

Al iniciar estas líneas se encuentra un escenario de textos y manuales de interpretación jurídica, en el que hacen presencia, desde grandes textos teóricos y prácticos, hasta los artículos más técnicos. Es por ello que escribir una nueva obra sobre interpretación jurídica deja al autor en la situación o de parafrasear y regresar a los lugares comunes ya abordados en otras obras, o –la pretensión de este texto– de presentar una nueva visión original, y por tanto, arriesgada.

El estudio del Derecho en países como el nuestro, vive ajeno a discusiones de las ciencias sociales y de la filosofía. Esta posición distante, si se quiere, “pura”,

10 UPRIMNY, Rodrigo, BORRERO Camilo, GALVIS María Clara, ROJAS Danilo, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” en *Revista pensamiento Jurídico* n.º 15, UNAL, 2002.

y aséptica a las discusiones que se desarrollan en disciplinas cercanas, mantiene al Derecho, bajo la falsa idea de no participar de los grandes movimientos y líneas de la filosofía o de las ciencias. Ignorar el trayecto que siguen otros saberes como la Historia, la Filosofía, la Lingüística o los Estudios Culturales, hace que el discurrir de lo jurídico, sea en muchas ocasiones a ciegas, sin norte, intuitivo o casual. Excepciones existen. Continuemos con el mismo ejemplo; R. Alexy, sigue la crítica frankfurtiana de Habermas y su desarrollo de la Teoría del Acto Comunicativo, y lleva la investigación en argumentación jurídica a la aplicación de los principios de la argumentación general, a la argumentación jurídica. Releva el papel de la persuasión y la discusión en la formación de respuestas razonables, y evidencia que dicha teoría, aplicada a la argumentación jurídica, explica buena parte del trabajo del jurista.

Antecedentes

La relación entre hermenéutica filosófica y Teoría del Derecho ha sido, por supuesto, constatada y desarrollada por diversas academias¹¹. Con la pérdida de prestigio de los grandes metarrelatos y paradigmas de las ciencias sociales desde los años sesenta del siglo XX, tales como el marxismo o el estructuralismo, la hermenéutica, en muchos casos ha tomado este lugar¹². Dicha corriente filosófica se remonta a finales del siglo XIX, desde Nietzsche, Heidegger, Gadamer, Ricouer, o Vattimo. Un breve recorrido permite mostrar, no solo la importancia de la hermenéutica, sino su carácter constitutivo del mundo, y la importancia que ha tenido en el mundo de lo jurídico¹³.

De manera clara desde Nietzsche, se ha apuntado a que algo equivalente a la esencia de un fenómeno no existe. El filósofo de Basilea, lo sentenció de manera

11 ZACCARIA Giuseppe, Razón jurídica e interpretación, concretamente el ensayo titulado “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica”, Cuadernos Civitas, primera edición, 2004. p. 67- 124; D. C. Hoy, interpreting the law: hermeneutical and poststructuralist perspectives, en “southern california law review”, 58, pp. 136-176. En lengua alemana Cf. GIZBERT-STUDNICKI, Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen, en “Rechstheorie”, 18 (1987), p. 346.

12 Gianni Vattimo habla de la hermenéutica como la “Koiné” (el lenguaje común) de todas las ciencias contemporáneas. Gianni Vattimo, “La hermenéutica como koiné”, Revista de Occidente, n.º 80, enero, 1988, pp. 101-112.

13 Recientemente fue publicado un artículo académico sobre la hermenéutica gadameriana y la interpretación jurídica en Colombia. Cfr. Óscar Mejía Quintana, Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho, en “Revista Pensamiento Jurídico n.º 39, Universidad Nacional de Colombia, 2014, Bogotá.

memorable: “*no existen hechos morales, existen interpretaciones morales sobre los hechos*”. Es evidente la crítica que Nietzsche quiere defender. No existe algo así como “la verdad” de un hecho. La fijación de un hecho dentro de lo factual, y su valoración moral (bueno, malo) estética (bello, feo) o epistemológico (verdad o mentira) es *un invento, una convención* del ser humano¹⁴. La fijación de los estándares de verdad, bondad, o belleza, está atravesado por el poder y la hegemonía de unos sobre otros. En textos como *verdad y mentira en sentido extramoral, la segunda intempestiva*, o la *genealogía de la moral*, el filósofo evidencia cómo el establecimiento de un criterio de valoración no es neutral, sino que por el contrario, está precedido de una situación de carácter, diríamos hoy, político. Es una decisión, un consenso mayoritario, establecer algo como verdadero o moral.

Un texto que todo jurista debe conocer y dominar, sin duda es “*La Genealogía de la Mora*l”. Más allá, de su contenido enteramente filosófico, es fundamental para comprender las pretensiones de la hermenéutica y de la interpretación. En dicha obra, Nietzsche, pretende convencer¹⁵, que los criterios de valor de los eventos son creaciones de los fuertes de un determinado momento. Para ello, usa herramientas “génalógicas” –descubrir el tipo de voluntad que ha dado origen a un valor moral–. El bisturí que utiliza para esa operación es la *interpretación (Deutung)*, las herramientas heredadas de su pasado como filólogo, evidenciando que lo que aparece como bueno, malo, bello, verdad, no es otra cosa que la imposición; una decisión.

“*¿Qué es por tanto la verdad? Un ejército móvil de metáforas, metonimias, antropomorfismos, en breve, una suma de relaciones humanas, las que fueron poética y retóricamente aumentadas, transferidas, adornadas y las que después de un largo uso a un pueblo le parecieron firmes, canónicas y obligatorias: las verdades son ilusiones de las cuales se ha olvidado que ellas lo son, metáforas que se han desgastado por el uso y se han vuelto sensiblemente débiles, monedas que han perdido su grabado y ahora solo como metal, no más como monedas, son tenidas en cuenta*”¹⁶.

No interesa la dimensión crítica del pasaje (la que se relaciona con la desvaloración de la verdad). Resulta útil detenerse en los primeros renglones. En

14 Señala en la *gaya ciencia*, Párr. 260: “*uno nunca tiene razón: pero con dos comienza la verdad*”.

15 Es la única, de las obras en las que el filósofo, explícitamente desarrolla una argumentación integral en busca de un objetivo (la valoración, como verdad de un acontecimiento es una creación). Otras importantes obras están escritas en aforismos, párrafos cortos, o incluso poesía.

16 *Verdad y mentira en sentido extramoral*; pp. 30.

ellos, Nietzsche evidencia que la verdad es un consenso difundido y apuntalado en el lenguaje y sus diferentes usos. Los hechos, como tal, neutros, "objetivos", no existen. Solo existen interpretaciones sobre estos hechos¹⁷. En un fragmento célebre de Así Habló Zaratustra dice: "*Fue el hombre quien para sobrevivir, puso los valores sobre las cosas. Fue él quien creó el sentido de las cosas, un sentido humano. Por eso se llama hombre, es decir, el que valora*"¹⁸. *Evaluuar es crear... el valor se establece por la evaluación. Sin ella, la nuez de la existencia sería vana*"¹⁹. No existen así problemas ontológicos, o solamente ontológicos, sino, esencialmente axiológicos (valorativos, interpretativos). Desde Nietzsche está claro, todo es interpretación²⁰. Señalemos un ejemplo usado por el filósofo:

¿Qué es lo bueno? ¿Qué hace bueno a un acto?, alguien podría afirmar que la bondad de un acto radica en que sea posible ajustarlo a una ley universal. Este es un imperativo universal. Nadie defendería que mentir está bien²¹. Por el contrario, otros apuntarían que la bondad, o moralidad de un acto, depende, no de la razón que lo motiva, sino de las consecuencias que tenga. Si una mentira, puede traer felicidad a muchas personas, entonces, es un acto bueno²². Cómo dos personas tan importantes y lúcidas como Kant o Bentham pueden dar respuestas tan opuestas sobre qué es lo bueno, o la bondad. Nietzsche parece tener razón: no existe la esencia de la bondad, solo interpretaciones sobre ella. Mírese esta idea de manera radical. Qué ocurre si la comunidad jurídica llega al consenso de que lo bueno, la bondad, lo moral, es la opción que defiende Kant (lo moral es maximizar siempre, leyes universalizables), y por el contrario, ataca la alternativa utilitarista (lo bueno es la acción que mayor felicidad produce). Es evidente que llegar a este consenso no deja de ser esto: una decisión.

Estas breves reflexiones tienen un primer objetivo: ambientar la importancia, no secundaria, o accesoria, sino constitutiva del mundo, de una teoría de la hermenéutica; del arte de dar sentido a los eventos (textos jurídicos, bíblicos,

17 El filósofo definiría al ser humano como "un ente creador de valores". Es decir, como creador de criterios de interpretación.

18 En alemán la palabra Hombre, es, etimológicamente, cercana a la palabra valorar.

19 Así habló Zaratustra, parte VI CAP. 1. p. 72.

20 Las constituciones contemporáneas, tiene un fundamental contenido valorativo, si se quiere, moral. Su repertorio de derechos, principios, valores constitucionales, no son otra cosa que el "reino de los fines". El reino de las valoraciones. ¿No resulta contradictorio pretender hablar de "objetividad" interpretativa en el reino de los valores?

21 Nos referimos, evidentemente, a Kant y el respeto al imperativo categórico.

22 Nos referimos al utilitarismo Jeremy Bentham, y a su principio de mayor felicidad.

eventos culturales, testimonios, prácticas, hábitos, representaciones, etc.). Ella, ya lo evidenció Hegel, concretiza, hace históricas, reales, palpables, las máximas abstractas; en Nietzsche, toma total dimensión: **Todo es interpretación**. No existe “la realidad” de un evento, sino las interpretaciones –valoraciones– intersubjetivamente consolidadas de un evento²³. Esta posición de Nietzsche, y su relación frente a la interpretación, hizo carrera en la filosofía del siglo XX, y allí encontró eco en las ciencias, especialmente, en las que a inicios del siglo XX, se conocían como ciencias sociales y humanas.

El siglo XX ve florecer las consecuencias nietzscheanas. Parece claro que el siglo XX, es el siglo de la filosofía analítica, de la filosofía del lenguaje. El lugar nuclear del lenguaje como constitutivo de la realidad ha sido explicado desde Wittgenstein, Lacan²⁴, hasta Austin²⁵, y el mismo Heidegger. El primero, nos explicaba cómo “los límites del lenguaje son los límites de mi mundo” o el pasaje del prólogo del *Tractatus* relacionado con que los problemas filosóficos solo son mal entendidos en el uso del lenguaje²⁶.

Reflexionese sobre esta pregunta: ¿Qué disciplina logra soluciones más incuestionables: la matemática o el derecho?, al parecer las matemáticas: cuatro más cuatro, es ocho. Esto en principio, admite pocos debates. Por el contrario, determinar cuándo se da una vulneración al derecho a la igualdad, es siempre difícil, polémico. ¿Por qué esta diferencia entre las conclusiones de las matemáticas, y el derecho?, tal vez porque no existe duda sobre qué es “cuatro”, qué es “más”, y por el contrario existe polémica sobre qué es la “igualdad”. Lo que señala Wittgenstein, es que mientras en las matemáticas no existe polémica semántica, malos entendidos en los signos, en el derecho sí²⁷.

Gadamer, retomando esta tradición, parte de la premisa que **la sustancia del mundo, de la realidad, es el lenguaje**, la historia, el pasado es la pertenencia a un

23 El filósofo posmoderno Gianni Vattimo habla de la hermenéutica como la “Koiné” (el lenguaje común) de todas las ciencias contemporáneas, Gianni Vattimo, “La hermenéutica como koiné”, Revista de Occidente, n.º 80, enero, 1988, pp. 101-112.

24 El sicoanalista J. Lacan organiza el mundo en tres niveles, tres registros: el imaginario, el simbólico, y el real.

25 Cómo hacemos cosas con palabras.

26 Nos dice en el prólogo del *Tractatus Logico- Philosophicus*.

27 SARTORI, Giovanni, La política: lógica y método en las ciencias sociales, Fondo de Cultura Económica de México, 2010, p. 81.

lenguaje. La humanidad está en él, como condición de identidad desde siempre²⁸. Esto es claro, el lenguaje es constitutivo de la realidad y de nosotros mismos. Corresponde “leer el lenguaje”, responder la pregunta ¿Qué papel tiene? Esta respuesta la da la segunda corriente de la filosofía del siglo XX, *La hermenéutica*²⁹.

Resulta fundamental hacer un par de menciones a la propuesta filosófica de Heidegger, al menos por dos motivos: i) Heidegger ejerció una influencia fundamental en la obra de Gadamer, al punto que el último fue discípulo del primero; ii) Gadamer parte de la hermenéutica de la factualidad, una obra de Heidegger, para presentar su propuesta. La influencia heideggeriana se concreta en una idea fundamental: la humanidad ha “caído en desgracia”, invadida por la existencia masiva, industrial, calculadora (inauténtica, en el léxico heideggeriano). ¿Qué hacer, ¿Qué posibilidades existen? se pregunta el filósofo. La respuesta tiene un aire muy positivo. Remontarse, regresar a su pasado: “el horizonte de posibilidad está en la tradición”. Un apunte más. Heidegger realiza una descripción sobre “el ser”, que puede ser entendida como positiva. Heidegger considera que “el ser” siempre está en *posibilidad de ser*, es decir, el ser es siempre “poder ser”. La ontología del ser, es siempre poder ser.

Véase con algo de detenimiento (las consecuencias en el Derecho son fundamentales³⁰). “El ser” está en el mundo (en lo fáctico, según los términos del autor). Pero su existencia en el mundo siempre es pobre comparada con sus posibilidades, siempre. Es por esto que lo fáctico contiene posibilidades inagotables. La factualidad, la actualidad, parece ser así decadencia, lo fáctico siempre es pobre, por lo cual, el filósofo siempre alentaba “al ser” a no dejarse llevar por ella, por la factualidad decadente³¹. La esencia del ser, es siempre llegar a ser, “poder ser” (si

28 Gadamer acuñó la frase: “el ser que puede ser comprendido es lenguaje” en Verdad y Método I pp. 567 y ss.

29 El papel central de la hermenéutica dentro del pensamiento cotidiano puede ejemplificarse en el título de cualquier obra del siglo XX. Pensemos en la “interpretación de los sueños” (1900) de Freud. El lenguaje del inconsciente son los sueños, pero la forma de entenderlos es su “interpretación”. Afirma Freud: “En las páginas que siguen demostraré que existe una técnica psicológica que permite interpretar sueños, y que, si se aplica este procedimiento, todo sueño aparece como un producto psíquico provisto de sentido al que cabe asignar un puesto determinado dentro del ajetreo animico de la vigilia”. El texto es básicamente un tratado de interpretación, más que de sueños.

30 Una buena explicación sobre Heidegger, su ontología y el “ser” del derecho en ZACCARU Giuseppe, “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica”, óp. cit. pp. 78.

31 Ser y tiempo, pp. 212 y 413.

se permite usar el término en alemán: “*seinkönnen*”). Veamos las consecuencias de la ontología heideggeriana en el mundo del derecho y la interpretación:

“Deshaciéndonos de las premisas de tipo fáctico sobre las cuales se apoyaban las dos teorías, diferentes pero complementarias, de la validez y de la eficacia, que de Kelsen a Ross han caracterizado ampliamente la teoría jurídica del siglo XX, la nueva concepción hermenéutica presentaba al derecho como práctica social y, por lo tanto, como conjunto de procesos intersubjetivos de acción, que a su vez encajan en un contexto articulado de reglas... *el derecho no es cosa, no es una entidad que exista una vez y para siempre, y que se pueda asir como un objeto: más bien, su sentido acontece continuamente...* la carga de potencialidad del fenómeno jurídico deriva del hecho de que el derecho no se agota ni se resuelve en un conjunto bien definido de reglas y de principios que se manifiestan visiblemente en determinado momento empírico: el derecho “se esconde” detrás del dato inmediato, entre los materiales jurídicos pertenecientes a la historia institucional de una cultura y de un ordenamiento, dispuesto a ser actualizado por la interpretación. *El derecho, por tanto, es algo mucho más amplio y comprensivo que su base contingente y empírica, con la cual no se deja identificar* y a la cual no se deja reducir; la *dimensión de su poder ser se basa en el orden potencial* (y precedente) de una comunidad jurídica bien definida...”³². (Negrillas fuera del texto).

El “poder ser”, es el reconocimiento de la existencia de infinitud de alternativas del ser. Pero ¿dónde se pueden desarrollar estas alternativas? Heidegger dice algo más. Las posibilidades llegan de *la tradición*. Qué sentido le dio Gadamer a esta posición de Heidegger? El sentido de la vida (para el objeto que nos convoca: el sentido de los textos jurídicos), se encuentra en la tradición (entre otros textos jurídicos). Sin duda una primera lectura de este pasaje es pesada, confusa. Seguro que varios ejemplos pueden ilustrar la potencialidad de esta visión. Primero una muestra de la vida cotidiana, y luego del mundo del derecho.

¿Alguien vive enteramente feliz con la vida que lleva?, todos y todas, desean siempre algo más. Unas mejores condiciones de vida, familiares, laborales, sentimentales, ambientales, políticas, económicas, culturales, educativas, etc. nadie puede afirmar que se ha realizado de manera integral y al ciento por ciento de sus

32 ZACCARU Giuseppe, “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica”, óp. cit. p. 80.

posibilidades o aspiraciones. Siempre existe una distancia entre lo que se es y lo que se aspira a ser. De allí que *el ser* de lo humano sea “*poder ser*”, poder ser es la situación permanente de un ser humano. Igual ocurre con el Derecho, con los sistemas jurídicos. Un sistema jurídico no “es”, de manera acabada y definitiva. Siempre hay algo –mucho o poco– en lo que puede ser ajustado, mejorado. Esta situación, esta circunstancia, es lo esencial del derecho. ¿Dónde están las aspiraciones, esos aspectos, en los que mejoraríamos el sistema jurídico colombiano?: en la tradición. Léase la siguiente hipótesis.

El sistema jurídico colombiano de 1990, no preveía mecanismos de protección preferente de los derechos fundamentales. En aquellas décadas, se discutía, buscaba, y deseaba que se estableciera una acción constitucional para proteger de manera urgente y prioritaria las libertades y garantías que preveía la Constitución de 1886. El sistema jurídico deseaba “poder ser” diferente a lo que era. ¿Dónde miraban los juristas de los años ochenta, e inicio de los noventa, para reivindicar una nueva forma, una nueva institución en el Derecho constitucional colombiano?: al Derecho comparado, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que preveía como obligación estatal, una acción de este tipo. La circunstancia de desear algo mejor, es constante, es permanente, es siempre. Así, el “ser” del derecho (como el ser de toda la humanidad), querer ser otra cosa, “poder ser” siempre mejor. Los y las constitucionalistas de la década de los años ochenta, miraban y recurrián para buscar los ajustes y reformas, a la tradición jurídica al derecho comparado, al derecho internacional, etc. No encontraban las alternativas deseables, en la literatura, la historia, o la filosofía. El horizonte de alternativas estaba en la tradición jurídica misma. Cambiar, incluir, acudir a nuevas tradiciones permite, cambiar, reforzar, y ajustar una lectura sobre el sistema jurídico.

Mencionemos otro ejemplo. El Derecho Civil colombiano preveía la imposibilidad de la adopción de menores para parejas del mismo sexo. Sectores liberales veían en esta prohibición, siguiendo la terminología heideggeriana, una existencia decadente, *por debajo de sus posibilidades*. Sectores conservadores veían en la prohibición una garantía legal para la defensa de la familia heteronormativa. Por otra parte, la mirada sobre lo que “es” el Derecho civil, concretamente la prohibición de adopción, por sectores liberales, era, por el contrario, dinámica, como posibilidad. El Derecho, “es siempre una posibilidad”. El Derecho no es algo estático, material, y aprensible. Todo lo contrario: es posibilidad. Y una posibilidad mejor. Esta idea, que parece banal, incluso evidente, resulta fundamental para el jurista. Permite hacer una reflexión sobre el sistema jurídico colombiano, y

concretamente sobre la interpretación jurídica, como momento que realiza “la posibilidad” del derecho. El Derecho no está, o no es, algo acabado. ¿De dónde vino la alternativa a la prohibición de la adopción por parejas del mismo sexo? Del derecho mismo, de casos de otros países, de reformas de otras latitudes, del mismo derecho. De un nuevo sentido de “Tradición”.

Sobre esto último, el papel de la tradición, continúa ahora. Se puede adentrar por completo en la teoría hermenéutica. Sígase la obra “Verdad y Método I”³³, tres textos, puntuales de Verdad y Método II, para introducir al nuevo lector: “Lenguaje y compresión (1970)”; “La incapacidad para el diálogo (1971)” y “Texto e interpretación (1984)”³⁴. Con estos textos se busca explicar los elementos esenciales de la hermenéutica filosófica a partir de varias categorías comprensivas de la misma; i) La comprensión como diálogo; ii) la tradición, y iii) la definición de un texto.

La comprensión como diálogo

Gadamer hereda una tradición filosófica que se remonta a varios autores (ya mencionamos, brevemente, el papel de Heidegger), entre ellos Scheleiermacher y Dilthey. Filósofos de finales del siglo XIX, e inicios del XX. Ellos apuntaban a que la interpretación, si pretendía ser correcta, consistía en desentrañar la intención original del autor. Gadamer evidencia que esto es imposible, por el contrario, que la interpretación se desarrolla de manera diferente. Rompe con la idea de la posibilidad de identificar la explicación del contenido de un texto, con el objetivo del autor (la posibilidad de identidad entre la vivencia de la creación y la vivencia de la interpretación). Para él, el objetivo filosófico es dilucidar la comprensión, no como una secreta comunicación entre las almas, sino un participar en el sentido compartido. La tarea consiste en, explica, cómo se produce la comprensión. Dicha comprensión es en últimas el conocimiento de cualquier texto, de cualquier manifestación simbólica. El conocimiento es así, una comprensión, una interpretación. Gadamer considera que dicha comprensión es un diálogo³⁵, una relación precedida de la simpatía, en la que uno de los interlocutores, desea saber algo del otro. Algo que antes no sabía, pero que le genera, curiosidad, empatía.

33 GADAMER Hans-Georg, Verdad y Método I, fundamentos de una hermenéutica filosófica, Sexta edición, Ediciones Sigueme- Salamanca, 1996.

34 GADAMER Hans-Georg, Verdad y Método II, Ediciones Sigueme- Salamanca, 1992.

35 Seguramente la propuesta gadameriana puede ser señalada de subjetivista, aunque el filósofo replicaría que es lo que hacemos al leer, queramos o no. Debemos avenirnos con estos subjetivismos al momento de leer

Si pensamos en un texto, como por ejemplo el código civil, una interpretación “correcta”, tendría que aspirar a desentrañar las intenciones del legislador de 1887. Por el contrario, Gadamer señala que esto no es posible, de hecho, nunca abordamos el texto de esta manera, por lo cual la tarea es dialogar con el código civil, sin buscar, angustiosamente, la voluntad originaria. El texto tiene su propio mensaje, y es posible dialogar con él. El lenguaje técnico, excluyente del código civil exige que el lector pueda comprender los términos, en muchas ocasiones, incluso opuestos al lenguaje natural, en otras en desuso, y en la mayoría, especializado. Una primera *condición de posibilidad* para la comprensión del código civil, es i) un lenguaje común. Que el texto, y el interlocutor “hablen el mismo idioma”. Una segunda condición para que se dé la comprensión, la interpretación, es que el lector *quiera*, o tenga *curiosidad* de hablar con el texto, de dejarse decir algo. Existe un requisito, como veremos, de simpatía, de tener curiosidad, que el texto puede resolver.

Leamos qué nos dice Gadamer sobre la conversación:

“¿Qué es una conversación? Todos pensamos sin duda en un proceso que se da entre dos personas y que, pese a su amplitud y su posible inconclusión, posee no obstante su propia unidad y su posible inconclusión, posee no obstante su propia unidad y armonía. La conversación deja siempre una huella en nosotros. Lo que hace que algo sea una conversación no es el hecho de habernos enseñado algo nuevo, sino que hayamos encontrado en el otro algo que no habíamos encontrado aún en nuestra experiencia del mundo. Lo que movió a los filósofos en su crítica al pensamiento monológico lo siente el individuo en sí mismo. La conversación posee una fuerza transformadora. *Cuando una conversación se logra, nos queda algo, y algo queda en nosotros que nos transforma*. Por eso la conversación ofrece una afinidad peculiar con la amistad. Solo en la conversación puede encontrarse los amigos y crear ese género de comunidad en la que cada cual es él mismo para el otro porque ambos encuentran al otro y se encuentran a sí mismos en el otro”³⁶.

El diálogo (la comprensión), tiene así una dimensión política. Solo es posible conocer algo, si previamente; i) hay algo común que los une; y debe ii) existe curiosidad, simpatía, comunidad con lo desconocido. No existe comprensión de

36 GADAMER, Verdad y Método II, p. 207.

lo otro, cuando existe una incapacidad de diálogo. De manera más clara. ¿Qué nos causa curiosidad? ¿Qué nos empuja a dialogar?, lo ajeno, lo diferente. Siempre conocemos lo diferente que nos interpela a dialogar. Y el diálogo solo es posible, en la medida, en que a pesar de las diferencias culturales, creamos un lenguaje común.

“Conviene tener presente que el entendimiento entre las personas crea un lenguaje común, y viceversa. El distanciamiento entre las personas se advierte en que no hablan ya el mismo lenguaje (como se suele decir)... Realmente, el entendimiento es difícil cuando falta un lenguaje común. Pero el acuerdo es también bello cuando lo vemos en el caso extremo de la conversación balbuceante entre interlocutores de distinto idioma que solo conocen unas migajas del idioma del otro, pero se sienten apremiados a decirse algo el uno al otro”³⁷.

La conversación, el diálogo es así, la forma en que se conoce (Gadamer señala que la relación entre dos interlocutores, es la misma que se da entre un lector y un texto) y requiere i) un lenguaje común; y ii) una relación de simpatía, curiosidad (pathos, una sensibilidad previa hacia la alteridad del texto). Cómo se produce este diálogo: a través de una pregunta. El diálogo tiene una estructura precisa. Una relación entre pregunta y respuesta. Un diálogo, inicia con una pregunta. Lo más difícil, entonces, es iniciar, preguntar. “*Cada enunciado tiene unos presupuestos que él no enuncia. Solo quien medita también sobre estos presupuestos, puede sopesar realmente la verdad de un enunciado. Ahora bien, mi tesis es que la última forma de lógica de esa motivación de todo enunciado es la pregunta. No es el juicio, sino la pregunta lo que tiene prioridad en la lógica... Pero la prioridad de la pregunta frente al enunciado significa que este es esencialmente una respuesta... el núcleo del investigador científico, consiste en ver las preguntas*”³⁸. Preguntar es una forma inicial de producir conocimiento. La pregunta condiciona la conversación, establece el territorio en el que se dará la respuesta. Preguntar abre un camino, propone una senda por la que la respuesta ha de transitar. Quien pregunta honestamente corre el riesgo de dejarse sorprender por la respuesta. Para escuchar la respuesta, tanto del interlocutor, como del texto, como mencionamos, se requiere tener disposición afectiva a dejarse tocar por el diálogo. El interlocutor debe estar dispuesto a escuchar lo que

37 Ibid.

38 Gadamer da protagonismo fundamental a preguntar en ¿Qué es la verdad? En Verdad y Método II, óp. cit. p. 58.

el texto dice: "En el diálogo escrito se requiere, pues, en el fondo la misma condición básica que rige para el intercambio oral. Los dos interlocutores desean sinceramente entenderse"³⁹.

La tradición

Gadamer polemiza con Scheleiermacher y Dilthey. La interpretación no tiene como objetivo "revivir" la experiencia del autor del texto. De hecho esto no es posible. Pensemos verbigracia que las diferentes lecturas de un texto no se abordan con la misma pregunta. Mi lectura, la siguiente o la última, no inician, ni con la misma disposición (simpatía a escuchar), ni con la misma interpelación. El requerimiento está condicionado por la tradición del lector (en adelante usaremos la categoría gadameriana: horizonte). Detengámonos en las conclusiones que obtenemos de un texto cuando leemos y no lo disfrutamos, ya sea por su estilo, tono, ritmo, temática, longitud, o cuando nos encontramos agotados, etc. La compresión (interpretación) es diversa, de la que obtenemos cuando lo lee otra persona, o lo leemos nosotros mismos, pero con otra disposición (pathos). Nunca una interpretación agota un texto.

Reflexionemos cuando leemos un libro en la adolescencia y volvemos sobre el mismo, décadas después. Nunca nos dejará la misma impresión, nunca nos tocará de la misma manera. ¿Qué impresión nos dejó nuestro libro favorito la primera vez que lo leímos?, ¿repetimos la misma sensación cuando lo leemos por segunda vez? ¿Por qué ocurre esto?

Debido a que los diálogos, la comprensión entre lector y texto, no inician con la misma pregunta, o a la misma pregunta no siempre se contesta con la misma respuesta. Estos dependerán de los interlocutores, concretamente, de quien pregunta: del lector. *Todo texto es inagotable*, explica Gadamer. Ninguna interpretación agota todos los sentidos de un texto. Hay que asumir que después de nosotros un texto será asumido de manera diferente.

"El sentido de un texto supera a su autor, no ocasionalmente sino siempre". De ahí que "comprender no es comprender mejor, ni en el sentido objetivo de saber más en virtud de conceptos más claros ni en el de la superioridad básica que posee lo consciente respecto a lo inconsciente de la producción. Bastaría decir que, cuando se comprende, se comprende de un modo diferente"⁴⁰.

39 Óp. cit. p. 331.

40 Hans-Georg Gadamer, *Hermeneutik I. Wahrheit und Methode*, o. c., p. 301 (trad. p. 366).

Qué ocurre cuando nos enfrentamos a un texto que no hace parte de nuestra disciplina profesional, de nuestra tradición de lecturas. ¿Qué comprendemos cuando nos piden que reproduzcamos el contenido de un texto guía de “literatura inglesa”, “medicina interna”, “arqueología grecolatina” o “cálculo avanzado”? Difícilmente podremos hacerlo como un médico, un historiador de la literatura, un arqueólogo, o un matemático. Gadamer apunta a que en estos eventos el *horizonte* del lector, no hace parte de la tradición del texto. Nos hace falta tradición en el texto para comprenderlo, para dialogar con él. Por el contrario ¿qué sensación se lleva un ciudadano sin formación en el derecho, cuando intenta dar sentido a las diversas normas del sistema jurídico colombiano?, un ciudadano o ciudadana no está entrenado para dar sentido a las diversas categorías, jerarquías y complejidades de un sistema jurídico tan denso como el nuestro. A este entrenamiento en el manejo de las fuentes podemos denominarlo *tradición u horizonte*.

La *tradición*, es la gran categoría de la filosofía hermenéutica. Todo entendimiento de una fuente, un texto, una imagen, una manifestación cultural se da en y por la tradición compartida entre el lector y el texto. Sin esta tradición compartida, no es posible el entendimiento del documento. Tenemos hasta ahora tres elementos en la labor de interpretar: i) de un lado el documento (fijación de una idea); ii) de otro lado al lector (debe tener interés, simpatía, curiosidad hacia lo que dice el texto); y iii) la tradición u horizonte: un sistema de significados compartidos y comprensibles. Estos tres elementos están presentes en toda labor de interpretación jurídica. Son las condiciones de posibilidad para que ella se dé. Sostiene Gadamer, que nos guste o no, es así como la hermenéutica funciona. La relación de los tres elementos, se funde en un diálogo entre la fuente y el lector.

Un diálogo –una interpretación–, dependerá de los interlocutores, concretamente, de quien pregunta: del lector (y de su *horizonte*, de la tradición que es portador). En la lectura, en la interpretación se funden dos historias, dos tradiciones, “*dos horizontes*” (dos compresiones del mundo, no todo el mundo)⁴¹. Este concepto de *horizonte*, se refiere al hecho de que toda interpretación es *situada* en la medida en que toda interpelación, toda pregunta a un texto está condicionada

41 Friedrich Muller explica la concreción de una norma como la integración de un “*programa normativo*” (al mandato o prescripción contenido en la norma) y el “*sector normativo*” (se refiere al ámbito de la vida social que el programa normativo ha seleccionado o acotado como objeto de regulación). En F. Muller, Juristische Methodik, Duncker y Humblot, Berlin, 2 ed. 1976, pp. 117, citado en PÉREZ LUÑO Antonio, Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución, Tecnos, Madrid, 1984 pp. 272.

por la tradición del lector, al ser un sujeto histórico, irrepetible, único. Conduce a que sea imposible que un individuo se desmarque de su historicidad, de su tradición. Ella condiciona las preguntas. Existirán, entonces, tantas preguntas, como historias existan. Señala Gadamer en su célebre aforismo: “*la historia no nos pertenece a nosotros, sino nosotros a ella*”. Esta categoría de horizonte, y la hermenéutica como dos horizontes en diálogo (dos puntos de vista determinados y concretos, un horizonte pasado –el texto– y un horizonte presente –el intérprete–), lleva a Gadamer a entender la labor del lector, como la compresión entre dos horizontes, *el encuentro*, entre dos voces dispuestas a dialogar, sin hipostasiarse la una a la otra, alguna sobre la otra.

Surge así *la tradición*. Esta no solo condiciona, sino que posibilita y la interpreta. En la filosofía hermenéutica la tradición no tiene un sentido conservador, o limitador, como puede intuirse. Todo lo contrario, la tradición es posibilitadora, “condición de toda posibilidad” del diálogo con el texto. Para las filosofías más ilustradas *la tradición* es sinónimo de conservadurismo, de irracionalidad, de romanticismo. Al preguntarle al iluminismo, nos diría (simplificando el debate) que en la novedad, en el futuro, en la ruptura con el pasado, está el progreso de la humanidad. La hermenéutica revalora la tradición, no para oponerla a la razón, sino para darle un lugar como condición de posibilidad de la comprensión del contexto en que se sitúa un texto. Solo la tradición hace inteligible lo que nos rodea. Es importante relevar esto, porque a menudo el énfasis gadameriano en la tradición ha provocado acusaciones de conservadurismo, irracionalismo o romanticismo. Se valora que en *Verdad y Método* existe un sesgo antiilustrado. Nada más equivocado. Gadamer releva *la tradición como aquella condición irrebasable, insuperable*⁴², que permite la aprehensión del mundo. Siempre nos encontramos en la *tradición*, en una comunidad de sentido, que da orden, jerarquías, etc. a cualquier manifestación o fenómeno. Gadamer también resemantiza, el concepto *prejuicio*. Junto con tradición (de obstáculo para el conocimiento libre, pasa a condición para el conocimiento), Gadamer se percata que el prejuicio, un juicio falso, sin verificación, se comporta como una circunstancia que empuja a la autointerrogación, y la posterior interpellación al otro. Cuando no se conoce algo, pero se quiere desentrañar, desocultar, un sentido que se ignora, se quiere desvirtuar o confirmar un prejuicio (un juicio sin verificación). Y ¿de dónde nos vienen los prejuicios? De la tradición. Los prejuicios, por tanto, lo mismo que la tradición, no cierran el campo de la compresión, sino que más

42 Pregunta Gadamer, ¿uno puede hacer caso omiso de uno mismo?, la respuesta es no. Toda opinión está situada por la propia historicidad.

bien lo abren. En todo caso, constituyen el entramado básico que determinan todas nuestras posibles experiencias. Siguiendo a Gadamer K. Hesse afirma:

“El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasiarquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus prejuicios. El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una precomprensión que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aun de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la “cosa”⁴³.

Gadamer distingue entre prejuicio bueno y prejuicio malo. El prejuicio “bueno”, es el que posibilita la comprensión (como acabamos de ver), el que interpela al lector a preguntar al texto. Por el contrario el prejuicio falso, es aquel que en lugar de ser condición del conocimiento, es distorsión. Quien pregunta a un texto, lo hace porque se quiere (un deseo, a manera de cordialidad) dejar decir algo, quiere escuchar algo. Un falso prejuicio es aquel que imposibilita el diálogo, el que impide que el texto hable y enuncie lo que tiene que decir:

“...solo se comprende realmente cuando *la interpretación ha comprendido que su tarea primera, última y constante consiste en no dejarse imponer nunca por ocurrencias propias o por conceptos populares ni la posición, ni la previsión ni la anticipación, sino en asegurar la elaboración del tema científico desde la cosa misma*”⁴⁴.

La interpretación, no se trata de hacer decir al texto, algo que este no dice. Tal no es la propuesta de la hermenéutica. Ya veremos en el acápite siguiente, unas breves reflexiones sobre la “corrección” de la interpretación. Baste por ahora, mencionar que un prejuicio falso, es aquel que impide que el texto hable, aquel que impone el horizonte de presente (el del lector) al horizonte de pasado (al texto) –cuando el lector pone a decir al texto, algo que este no dice–. El intérprete debe entender su labor: abordar el sentido de un texto, desde el texto mismo. Que el texto tome la palabra. Gadamer advierte peligros recurrentes que llevan a que

⁴³ HESSE Konrad, la interpretación jurídica, en Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2 ed. 1992, p. 64.

⁴⁴ GADAMER H.G, Verdad y Método, óp. cit. p. 322 citado en CRUZ MANUEL, Filosofía Contemporánea, Santillana ediciones, 2002, Madrid, p. 233.

el texto permanezca mudo: i) ocurrencias propias; ii) conceptos populares; iii) o anticipaciones del lector. ¿Cuál es la objetividad posible? Aquella en la que el texto en diálogo con el lector modela, altera, las opiniones previas, aquel procedimiento en la que el texto se expresa.

Continuemos con los ejemplos; pensemos en un estudiante de derecho en sus primeros cursos: introducción al Derecho o Derecho civil parte general, etc. ¿lee el código civil directamente?, ¿si lo hiciera, comprendería algo del sentido del art. 1546 sobre la condición resolutoria en los contratos sinalagmáticos imperfectos?⁴⁵ La respuesta, tiende a ser: No. Se introduce a los y las estudiantes, a través de textos que exponen *la tradición*: la historia de las lecturas habituales, de los significados generalizados, estandarizados de dicho artículo. *De hecho, si un jurista quiere polemizar con una interpretación institucionalizada de una norma jurídica, tiene como fundamento la tradición misma; polemiza con ella, y con base a ella.* Sin dicha tradición, es imposible dar sentido –comprender, si se quiere dialogar– con el código civil, y mucho menos ofrecer alternativas a interpretaciones alternativas.

Se puede resumir hasta aquí, antes de continuar. La tradición es el marco de referencia en el que adquiere sentido un evento, y esta es irrevocable (sin un marco de referencia, los eventos carecen de sentido, no podríamos entrar en diálogo con el texto); la comprensión de un texto, está posibilitado por dicha tradición. La *compresión* tiene condiciones previas que lo posibilitan. Una de estas condiciones es la dimensión *histórica* de un texto. La interpretación se da en un contexto o *marco de referencia* (una tradición) que porta el lector, en el que se encuentra envuelto. Solamente en esta *tradición*, se encuentra la comunidad de sentido, que permite comprender un texto. La única *verdad* posible, entonces, es la que se da dentro de la tradición, dentro de la historia. Señala en el texto que se viene citando: “*Escuchar la tradición y permanecer en la tradición es sin duda el camino de la verdad que es preciso encontrar en las ciencias del espíritu. Aun la crítica a la tradición que hacemos como historiadores sirve en definitiva al objetivo de adherirse a la auténtica tradición en la que permanecemos. El condicionamiento no es pues, una tara del conocimiento histórico, sino un momento de la verdad misma*”⁴⁶.

Este acápite puede finalizar con varios ejemplos que den sentido a las ideas, en apariencia distantes para un juez o litigante. El primero se relaciona con la

45 Reza dicho artículo: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”.

46 “La verdad en las ciencias del espíritu” óp. cit. p. 46.

interpretación (comprensión) de un evento cultural; y el segundo se refiere a la interpretación de una norma legal, sin duda polémica.

Véase la siguiente imagen



Tomada de <http://noticias.univision.com>

Esta imagen hace referencia a la Yawar fiesta una celebración indígena, presente en el Perú, en la que un torero y un cóndor, lidian a un toro. La pregunta que debe hacer quien interpreta ¿Qué significa esta fiesta? ¿Qué papel juega el cóndor?, ¿Por qué el torero viste un atuendo campesino, y no el tradicional traje de luces?

Si se pide a un purista de la fiesta brava, de la tauromaquia, puede que interprete la Yawar fiesta como una desviación, una tergiversación de la corrida de toros de original que se desarrolla en las Ventas, o en la Santa María. Señalemos que el purista del toreo ve en la imagen expuesta como ejemplo, un error a la ortodoxia del arte de toreo.

Por el contrario, si se pregunta a un antropólogo o sociólogo experto en historia de América colonial, ¿Qué significa esta fiesta, por qué se escenifica de esta manera? Él puede que conteste, que en sus investigaciones, se ha percatado que **significa o simbolizaba**, la forma en la que los indígenas americanos se oponían a la dominación hispánica. En esta fiesta, el torero, viste un claro atuendo campesino, y algunos aspectos indígenas, porque quiere ser él el que mate al toro. Evidentemente el toro es un elemento hispánico, dominado, tanto por el torero campesino, como por el cóndor de los Andes, el otro elemento extraño de la imagen. El cóndor, **representa** la naturaleza nativa de los Andes americanos

dominando al “intruso” “hispánico”. ¿Qué interpretación de la imagen y de la Yawar fiesta es la correcta? En principio ambas (veremos que la segunda interpretación resulta más “hermenéutica”, más correcta) Los dos intérpretes del ejemplo, dan argumentos plausibles y razonables de sus respectivas narraciones. Cómo es posible que dos interpretaciones tan opuestas sean plausibles, razonadas, mesuradas, al mismo tiempo.

Un primer elemento, la *tradición*, el horizonte de cada uno de los intérpretes, de los lectores. Un amante de la tauromaquia, puede que vea en la Yawar fiesta, una distorsión. Evidentemente en su tradición el papel del traje de luces, de los ornamentos del toro, etc. juegan un rol fundamental en una corrida de toros. Si una corrida no cuenta con esos elementos mínimos no es una corrida realmente.

Por el contrario, en el caso del segundo intérprete –el sociólogo o antropólogo–, carecía de esta tradición. Para él, los ornamentos, o el proceso previo de preparación del matador no resultan fundantes de la fiesta brava. En el caso del sociólogo o antropólogo lo embargan otras incógnitas. ¿Cómo surgió esta fiesta? ¿Cómo se mantiene?, ¿Qué significa? Este segundo intérprete tiene una disposición diferente a la del primero. El primero quiere imponer su horizonte, su tradición (la ortodoxia de las normas estéticas del toreo), mientras el segundo, quiere dejarse decir algo de la imagen. En el caso del segundo intérprete, existe una incógnita genuina, un honesto deseo de conocer el significado de la manifestación cultural contenida en la imagen. Esta disposición de a “dejarse decir”, a “dialogar con la fuente”, resulta fundamental.

Sin duda, cualquier juez o abogado ha presenciado el momento en que una contraparte, un superior funcional, un medio de comunicación, etc. en lugar de leer adecuadamente una decisión, una norma, un tratado internacional, etc. y “dejarse decir”, lo que ella quería decirle, le impone, lo que el intérprete quiere que diga. En el siguiente acápite, regresaremos sobre esto. Pero baste decir por ahora; una interpretación “correcta” (insistiendo en que por correcta se debe entender una interpretación que respete la fuente, pero no aquella, que crea que agota todo el texto) es aquella que se pone en disposición de dejarse decir, de dejar estar al texto.

Gadamer se acerca al concepto de verdad con la pretensión de distanciarse de la tradición positivista, y naturalista del siglo XIX, que vio la ciencia y la verdad como la verificación o comprobación de las reglas. Se remonta a la definición griega de verdad, *aletheia*, cuya traducción puede ser cercana a desocultación, como: “dejar estar lo desocultado, hacer patente, es el sentido del discurso. Uno presenta algo que así está

*presente y se comunica a otro tal como está presente para uno... la verdad del discurso se define, pues como adecuación del discurso con la cosa, es decir adecuación del “dejar estar” el discurso a la cosa presente. De ahí deriva la definición de la verdad divulgada por la lógica: adaequatio intellectus ad rem*⁴⁷. (Negrilla fuera del texto).

Continúa la misma fuente. Ya no preguntamos ni a un experto en tauromaquia, ni a un antropólogo experto en sociedades indoamericanas, sino a un ambientalista defensor de los derechos de los animales: ¿Qué significa esta imagen, qué significa para él la Yawar fiesta?, puede que conteste que representa un abuso contra los animales, tanto con el toro, que será sacrificado, como del cóndor (además de ser un animal en riesgo de extinción), que al ser salvaje, nada debe hacer en una fiesta en la que evidentemente puede salir herido. ¿Qué cambia?, nuevamente la *tradición, el horizonte del lector.*

Una cuarta alternativa de interpretación de la misma fuente. El antropólogo que hizo la segunda interpretación, continúa sus estudios sobre las comunidades prehispánicas. Se percata del inmenso respeto de las sociedades precolombinas a la naturaleza. Incluso sacrificando personas en lugar de animales, en sus ritualidades religiosas (la comunidad mexicas-aztecas sacrificaba mujeres de las comunidades sometidas al imperio). En esa medida considera, que la introducción de prácticas como el toreo, es ajeno, a las tradiciones indígenas, y por tanto, no existe argumento para defender la Yawar fiesta. Aún si ella, con la introducción del cóndor, quiere significar, implícita, invisiblemente, una insubordinación contra la dominación hispánica. En este último ejemplo, la fuente sigue siendo la misma. El cambio del significado no estuvo en una alteración de la imagen, sino en el cambio de *la tradición, del horizonte del lector. La introducción de nuevos elementos en la tradición, es lo que permite el cambio del significado de la fuente.*

No existe una definición estática, material, palpable del significado de esta imagen. Por el contrario, el significado –el ser– de la imagen es dinámico, es transitorio, siempre alterable. El significado está permanentemente, inagotablemente, en el cambio. Como veremos, igual ocurre al Derecho. Nadie puede decir, “este es el significado acabado de esta norma”, la norma está permanentemente en tránsito, como lo está el significado de la imagen. Se insiste, ser conscientes que el “ser del derecho” es la *permanente impremanencia*, resulta, en nuestro sentir, la idea más revolucionaria, política y socialmente, de la aplicación

47 GADAMER, Hans Georg Verdad y Método II, ¿Qué es la verdad?, óp. cit., p. 55.

del Heidegger al mundo del Derecho. Casi que podríamos afirmar “todo está por hacer”.

De este primer ejemplo resaltemos, lo que consideramos las conclusiones más importantes;

- i) Ninguna interpretación agota todos los significados de un mismo texto.
- ii) La tradición (el sistema común de signos, símbolos, y significados) es condición de posibilidad para la comprensión del texto.
- iii) Al cambiar la *tradición*, cambia el sentido de la imagen. Los cambios en el sentido de la imagen, los cambios de interpretación, son posibles, si cambiamos el horizonte, la tradición. *El horizonte de posibilidades están en la tradición.*
- iv) Para que se dé un diálogo se requiere que el intérprete se “deje decir” del texto, y evite, conscientemente, imponerse al texto, hacer decir al texto algo que no dice. En últimas, no dejar hablar al texto.

Norma legal:

Sentencia C-355 de 2006

Entre 1994⁴⁸ hasta 2006, la Corte Constitucional colombiana, consideraba que existían fundamentos constitucionales para penalizar la interrupción voluntaria del embarazo. A pesar de diversas demandas de inconstitucionalidad, la doctrina de la Corte fue reiterada. En 2006 se presentó una nueva demanda contra los tipos penales que sancionaban a la mujer que interrumpiera voluntariamente su embarazo. A grandes rasgos se argumentó que había operado un cambio en los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, concretamente la normativa relacionada con la protección a las mujeres obligadas a interrumpir un embarazo en condiciones de precaria seguridad. Dicho cambio, ameritaba que se diera una nueva revisión por parte del tribunal constitucional de dicha penalización. Finalmente, se concluyó que en atención al cambio del estándar internacional, y a una nueva ponderación de los derechos enfrentados, era desarrollo de un derecho fundamental de las mujeres interrumpir un embarazo en tres casos: i) la fecundación fue fruto de un acto de violencia sexual; ii)

48 En Sentencia C-133 de 1994, la Corte declaró exequible el artículo 348 del Decreto 100 de 1980, que penalizaba la conducta del aborto.

continuar con la gestación implica un riesgo para la vida de la mujer; y iii) existe incompatibilidad con la vida del *nonato*.

Reflexione sobre este litigio. ¿Si se piensa en términos históricos (diacrónicos) es posible definir el “ser”, el contenido esencial, fijo, empírico, del derecho fundamental a las mujeres al libre desarrollo de la personalidad, en su componente de derechos sexuales y reproductivos? ¿Tras las primeras sentencias de constitucionalidad de la penalización del aborto, cesó la búsqueda de nuevas estrategias? ¿Sería posible acusar de “incorrecta” la interpretación de la Corte Constitucional en 1994 y “correcta” la de 2006? ¿Dónde surgió la alternativa para la despenalización de los tres casos excepcionales?

Las preguntas planteadas pueden ser contestadas, acudiendo a lo brevemente expuesto en esta introducción:

- 1) Al primer interrogante se contesta que no es posible definir el núcleo esencial de un derecho, en una dimensión histórica (en una línea de tiempo: por ejemplo entre 1994 y 2006), nos percatariamos, que el derecho fundamental del caso (el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, concretamente el derecho a decidir de manera autónoma la maternidad) está constantemente, en vías de “ser”. En 1994 tenía un determinado contenido, pero este no era inequívoco o determinado.
- 2) A la segunda se señalaría, que constantemente, el derecho no fue visto como una manifestación acabada; por el contrario, tanto litigantes como la propia Corte Constitucional, vieron en la Constitución de 1991, y en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, una “potencialidad de ser”. Un hermeneuta, no esencializa el Derecho, la Constitución de 1991, o un determinado momento de la doctrina de la Corte Constitucional.
- 3) A la tercera y cuarta se diría que la comunidad en la que adquiere sentido (el bloque de constitucionalidad, el precedente judicial, etc.) la penalización del aborto, cambió. Así, en 1994, la penalización absoluta era constitucional, mientras en 2006, en virtud de encontrar, en la *tradición* (nuevos documentos del derecho internacional), el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, así como sus derechos sexuales y reproductivos, cambiaron. Nunca puede pensarse que mi lectura, será la última lectura.

Los límites de la interpretación

No se puede llamar el lector a confusiones. Si bien un texto es inagotable, no puede entenderse que cualquier interpretación es correcta. No se trata de defender un relativismo. El texto jurídico, teológico, etc. tiene su propia objetividad. Tanto Gadamer como Ricoeur, insisten en ello. Gadamer dice que los prejuicios y la tradición son la invitación al diálogo con los textos. Tradición y prejuicio son la condición, pero solo eso: una condición, no la realización de la compresión⁴⁹. Gadamer empuja a ser autoconscientes de los prejuicios, a que el lector se encargue de anticipar los prejuicios, con el objeto de que el texto se presente como diversidad, como alteridad, como algo diferente al lector⁵⁰. Si a un texto se le impone las opiniones del lector el texto enmudece, y no se ha tomado el riesgo de dejar hablar a la fuente.

No toda interpretación es la fusión de horizontes, puede que ocurra que un horizonte se impone a otro. Es el caso en que el lector, pone a decir a un texto, algo que este no dice. Gadamer (hablando de fijación, autenticidad e independencia) y Ricoeur definen un texto a partir de varias cualidades, y en torno a ellas restringe la labor del intérprete en contra de quienes no dejan hablar al texto mismo, sino que pretenden hablar por él. Ricoeur, define un texto como:

“Llamamos texto a todo discurso **fijado** por la escritura. Según esta definición, dicha fijación es constitutiva del propio texto. Pero, ¿qué se fija de ese modo mediante la escritura? Ya lo hemos dicho: todo discurso”⁵¹.

Esta fijación, se traduce en corporeidad en un documento contenido de grafos, simbología que evoca significados (una cruz, el arte rupestre, la orfebrería). Dicha fijación tuvo una razón de ser. Existen menajes, discursos, que se enuncian oralmente, pero que no se fijan por escrito, o a través de símbolos evocadores. La fijación busca que el contenido no se pierda. La escritura fija el discurso como intención de decir, es una inscripción directa de dicha intención. En el acto del habla, «los hablantes están presentes, pero también lo están la situación, el ambiente y el medio circunstancial del discurso»⁵². Por tanto, sus referentes remiten a

49 Seguimos CRUZ MANUEL, Filosofía Contemporánea, Santillana ediciones, 2002, Madrid.

50 Insistimos, leemos porque participamos de la convicción de que un texto nos dice algo que no sabemos. El texto nos causa curiosidad, lo reconocemos como “alteridad”, como algo diferente, que nos invita al diálogo. La compresión -el aprendizaje- comienza donde algo nos interpela.

51 RICOEUR, P., «¿Qué es un texto?», en *Historia y narratividad*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 60.

52 *Ibid.* p. 62.

aquella realidad que se muestra a su alrededor en su intercambio de palabras; el lenguaje que emplean posee las condiciones suficientes para asegurar ese arraigo en lo real: demostrativos, adverbios de tiempo y lugar, pronombres personales, tiempos verbales, etc. «De ese modo, en el habla viva, el sentido *ideal* de lo que se dice se desplaza hacia la referencia *real*, a saber, hacia aquello *sobre lo que se habla*»⁵³.

Sin embargo, cuando el texto sustituye al habla, sucede algo nuevo e importante. En el momento en que el texto sustituye al diálogo, el movimiento de la referencia hacia la acción de mostrar se ve *interrumpido*. Y es importante remarcar aquí que hablamos de *interrupción* y no de *supresión*, ya que es en este punto en el que Ricoeur se distancia de la radicalización extrema que lleva a cabo lo que él denomina «ideología del texto absoluto». De este modo, lo que pasa a afirmarse es que el texto no carece de referencia; es más, la tarea de la lectura, *en cuanto interpretación, consiste precisamente en realizar su referencia*.

Tanto Gadamer como Ricouer apuntan a que la interpretación de un texto es una labor cercana a una conversación. Requiere pathos (simpatía), acercamiento implicado, pero ello no autoriza a que cualquier interpretación sea posible. No, tanto en Gadamer como en Ricouer, el texto se encuentra “contextualizado”. No es una decisión del lector hacerlo. **Si pretende comprenderlo, la única manera, es implicarse en el horizonte de pasado del texto, en su historia factual.** Esto permite que no se imponga el lector, sino el texto (no el autor del texto). En la lectura encontramos contrapuestas las dos actitudes que Dilthey había resumido como explicación e interpretación; distinción que para el alemán constituía una alternativa excluyente: «o bien se “explicaba”, como hacia el científico naturalista, o bien se “interpretaba”, como hacia el historiador»⁵⁴.

Ahora bien, la postura de Ricoeur es mostrar que la noción de «texto» hasta ahora desarrollada requiere una renovación de las otras dos nociones, que a su vez den lugar a una relación que sustituya la antonimia entre ambas por una complementariedad y una reciprocidad íntimas. De hecho, insiste en mostrar que la oposición inicial de Dilthey no es exactamente entre *explicar* e *interpretar*, sino entre *explicar* y *comprender*, donde la interpretación es un sector particular de la comprensión. De este modo, el texto transciende sus propias condiciones psicológicas de producción y se abre a una cadena ilimitada de lecturas, situadas ellas mismas en contextos socioculturales diferentes.

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*

Pensemos nuevamente en el ejemplo de la Yawal fiesta, para ilustrar y sintetizar las ideas aquí atropelladamente explicadas. Una interpretación correcta según Ricouer, y Gadamer, siguiendo como vemos a Dilthey, es aquella que se involucra en el texto, y en lugar de exponerlo, lo comprende. Parece como si la distinción de los verbos no dijera nada nuevo. Veámoslo así;

Explique la imagen:

- i) Es una fotografía en la que aparece un prado verde con parches de tierra; en ella un hombre, de aspecto campesino, con sombrero, se acerca a un toro, que tiene atado en su morro un cóndor. El cóndor parece que se quiere soltar del toro. Entre el toro y el cóndor hay una franela azul que tiene inscripciones en grafo de color negro. Dicha escena se da a plena luz del día. Al parecer, por el titular del periodo de la cual se extraía la imagen es una fiesta popular.

Qué comprendimos de la imagen:

- i) Al parecer la imagen simboliza la articulación de la introducción de una fiesta hispánica, en las celebraciones indígenas y campesinas del Perú, pero a su vez, una forma de rebeldía velada, adyacente, en la que un campesino, sin la indumentaria de la ortodoxia de la llamada fiesta brava, junto con un cóndor (gran ave endémica de los Andes Americanos) dominan y sacrifican a un símbolo de poder hispánico, el toro.

Lo que nos dice Ricouer, Gadamer, y antes Dilthey, es que una actividad es explicar, y otra comprender. Una cosa es hacer una exposición sobre un tema, y otra comprender un tema. Estas formas diferenciadas, están jerarquizadas. Implica un mayor conocimiento “comprender”, y no simplemente “exponer”, o “explicar”. Como explicamos, hipotéticamente, “Javier” un joven sepa que en la guerra mueren personas, soldados, lo ha visto en las películas, pero aun así se aliste en un ejército, en guerra, su conocimiento es expositivo, “en la guerra matan personas”, otra cosa, es saber que quien puede morir, es él mismo, “Javier”⁵⁵.

Una interpretación correcta, entonces si reúne varias características, tanto psicológicas, como técnicas. La primera, sin duda, y sobre ella insistimos; en la compresión del texto, el lector debe, conscientemente, “dejarse hablar” del texto,

⁵⁵ Ejemplo libre tomado de CORBI, Josep, Morality, Self Knowledge and human suffering, An Essay on the loss of the confidence in the world, New York: Routledge, 2012.

ponerse en disposición a que del texto surja un significado, un mensaje, que el lector desconocía. Esta disposición psicológica, ambientada en un “*quererse dejar decir*”, impide que el horizonte del lector, se imponga al texto, y hable el lector en lugar del texto. ¿Cómo se constata que existe dicha disposición?, porque el lector, de manera consciente, se ha llenado, ha buscado, la tradición del texto.

Una interpretación correcta, entonces, no es aquella que llegue al único resultado posible de la compresión del texto. Insistimos los textos no se agotan con una interpretación. La interpretación “correcta” es aquella que respeta las reglas de producción de la compresión del texto, la que contextualiza, y articula la interpretación con la tradición, tanto del texto, como con las diferentes interpretaciones que han precedido a la última. El texto goza de su propia *auténticidad*, su propia *objetividad*. Todos conocemos la sensación que nos produce leer una interpretación jurídica, que no respeta la contextualización, la tradición del texto; la comunidad en la que se da el sentido al texto. En aquellos eventos la fijación del texto, su horizonte de pasado, es superado, y se impone el horizonte del último lector, no existe una fusión de horizontes, sino la exageración, de uno de los horizontes.

Epílogo y conclusiones

Relevemos brevemente unas conclusiones que ilustrarán el desarrollo del módulo:

1. El Derecho no es un “ser” (acabado, empírico), es un “poder ser” (potencialidad, alternativa) que está en condiciones de superar y transformarse, actualizarse. En esta medida no es posible afirmar las características acabadas, enumerables, cuantificables y cualificables del “ser” de la Constitución de 1991, por ejemplo. Esta siempre es una potencialidad a ser.
2. Toda interpretación es una reactualización del texto, y está condicionada por las tradiciones tanto del lector como del texto. Una interpretación no agota el texto.
3. Solo es posible dar sentido a los textos, en la tradición. En una comunidad de sentido. Si hablamos de transformaciones constitucionales, solo en la tradición de una interpretación es posible presentar alternativas a la misma. Un caso ilustrativo de esta potencialidad en la tradición, la Sentencia C-355 de 2006.

4. Un reactualización de un texto es un diálogo entre un lector que interpela un texto. En este diálogo se funden dos horizontes, uno pasado (el del texto) y uno presente (el del último lector); puede ocurrir, que el presente se le imponga al horizonte de pasado. Estos eventos son evidentes, pues el texto siempre preserva su autenticidad.

Sin duda esta sucinta referencia a la hermenéutica en términos filosóficos puede resultar ligera, incompleta, por el contrario, pesada, inaprensible, o incluso inútil, o banal. Puede que un caso, ilustre las potencialidades para la teoría jurídica, concretamente para la interpretación jurídico-constitucional de acercarse a nuevos enfoques como el aquí propuesto. Así, recurramos a un caso multicitado para exemplificar el contenido de la unidad.

¿Cuál es la tradición, el horizonte de pasado, de una disposición legal, o constitucional? Si continuamos con los tecnicismos filosóficos, afirmariamos que se trata de “su historia factual”, las interpretaciones que antes del último lector se han hecho de una determinada norma. Es decir, **la jurisprudencia**, en mucha menor medida la doctrina. Así, la tradición de una norma a interpretar, a comprender, a reactuar momentáneamente, es la jurisprudencia. Esta primera idea, no sirve para explicitar, otra idea que consideramos describe adecuadamente el funcionamiento de un sistema jurídico. Si es en la tradición donde operan los cambios de sentido, de significado, será en la jurisprudencia en la que se producen los cambios de interpretación. Nada ilustra esta idea como el caso de la despenalización del aborto, arriba mencionado. ¿Por qué se produjo el cambio de significado de la misma norma penal –la sanción a la madre que interrumpía la gestación–?, porque se produjo un cambio en la tradición de los lectores, y fue eficientemente propuesto por la demandante.

Tal vez no insistimos adecuadamente en una idea central de las tesis de Gadamer.

Él no defiende que la hermenéutica *deba* funcionar así (prescriptivo), él demuestra que la interpretación opera de esta manera (descriptiva). Esta aclaración, consideramos, permite señalar la importancia de los debates hermenéuticos como, debates de potencialidad de ser de nuestro Derecho. Este grado de conciencia puede ser leído como un llamado a erudizar y ver en el estudio de la tradición (la historia factual; las interpretaciones que anteceden a la última), es decir, de la jurisprudencia nacional y comparada, parte del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, las herramientas para agenciar los cambios jurídicos que llegue a requerir nuestro país.

No quisiéramos finalizar esta introducción sin dos aclaraciones:

- i) El bosquejo de las ideas aquí expuestas es una invitación a que el lector y la lectura, se acerquen a dicha tradición filosófica, concretamente a un autor de tal peso y relevancia para todas las disciplinas sociales, pero especialmente para el Derecho, como fue Hans Georg Gadamer. No como un ejercicio de erudición, o de complejización o “búsqueda” de la verdad, sino especialmente, porque la hermenéutica del siglo XX, explicaría múltiples fenómenos del mundo de lo jurídico que aún no han sido solucionados a la luz de los clásicos paradigmas (positivismo, realismo, neo iusnaturalismo, pospositivismo, o neoconstitucionalismo, etc.), para ello, al final de esta unidad recomendamos varios textos introductorios al autor, y clásicos del autor.

Quien se acerque a los textos de Gadamer, ha notado, o notará que son cortos, ágiles, y buscan trasmitir de la manera más eficiente la tesis central. Sus obras son compilaciones cronológicas de ensayos, de no más de 10 páginas, que pueden y suelen leerse de manera indiferente, y sin orden de la presentación editorial. Así, quien decida aceptar la invitación, no se encontrará con un filósofo inasumible, e incomprendible, sino por el contrario, con textos ágiles, que arrojan luz y compresión del mundo de lo jurídico, y concretamente de la interpretación del jurista.

Recomendamos los siguientes ensayos, como trabajo de acercamiento.

GADAMER Hans-George, Verdad y Método II, Ediciones Sigueme – Salamanca 1992

“La verdad en las ciencias del espíritu” (1953)

“¿Qué es la verdad?” (1957)

“Hermenéutica clásica y hermenéutica filosófica” (1977)

“Lenguaje y comprensión” (1970)

“La incapacidad para el diálogo” (1971)

“Texto e interpretación” (1984)

- ii) ii) Lector y lectora de las unidades que siguen, deberían conectar las ideas aquí resumidas con las que a continuación se explican. Invitamos, igualmente, a que conscientemente, se conecten las conclusiones de esta unidad con los casos, técnicas, y debates de las unidades siguientes.

Unidad 1

ENCUADREMOS EL DEBATE DERECHO JUDICIAL Y LITERATURA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, DISCURSOS Y NARRATIVAS

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Reconocer las corrientes de interpretación jurídicas más importantes, con el fin de relevar la labor creativa y “literaria” de la judicatura.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <p>Trabajar autores y ius filósofos que ha relevado la labor de la interpretación y su cercanía con actividades como con la creación literaria. Así como introducir los conceptos y categorías del trabajo con las fuentes del derecho relevantes en la interpretación jurídica.</p>

“Para que su horror sea perfecto, César, acosado al pie de una estatua por los impacientes puñales de sus amigos, descubre entre las caras y los aceros la de Marco Junio Bruto, su protegido, acoso su hijo, y ya no se defiende y exclama: “¡Tú también, hijo mío!” Shakespeare y Quevedo recogen el patético grito.

Al destino le agradan las repeticiones, las variantes, las simetrías; diecinueve siglos después, en el sur de la provincia de Buenos Aires, un gaucho es agredido por otros gauchos y, al caer, reconoce a un ahijado suyo y le dice con mansa reconvenCIÓN y lenta sorpresa (estas palabras hay que oírlas, no leerlas): “¡Pero, che!”. Lo matan y no sabé que muere para que se repita una escena”⁵⁶.

56 BORGES, Jorge Luis. “La trama”. En *El hacedor*. Alianza, Madrid, 1998 (1960), p. 11.

El campo jurídico y el campo literario tienen parecidos que pueden llegar a hacer sentir al lector(a) de un cuento o una novela impresiones similares a las que se sentiría leyendo un expediente judicial, escuchando la narración mediante la cual se profiere una sentencia o, en algunos casos, ingresando al ambiente de los despachos judiciales, las cárceles o las oficinas de abogados.⁵⁷ La misma impresión que pueden llevarse juezas y jueces al escuchar un testigo u oír los alegatos de los intervenientes en un juicio. Como en el cuento de Borges que abre esta introducción, juezas y jueces se enfrentan diariamente a la repetición de “escenas” que deben ser juzgadas de manera uniforme para producir certeza en relación con las pautas a seguir para vivir en sociedad. Así como la literatura, cuya percepción cambia con los tiempos y puede entrecruzar varias épocas en una misma narrativa, juezas y jueces deben tener en cuenta las “escenas” del pasado, tomar la decisión en el presente y pensar en que constituirá una regla hacia el futuro. Las historias construidas en las sentencias y narradas en la literatura a veces oscilan entre la fantasía y la realidad, aunque en el marco de su trama construyan verdades y produzcan certezas⁵⁸. Sin embargo, lo distintivo del derecho judicial es la necesidad de adoptar una posición con autoridad que permite ser partícipe de la “escena”: la decisión judicial.

Usar la relación entre el derecho judicial y la literatura para efectos de familiarizar a juezas y jueces con los problemas del análisis de la jurisprudencia es una tarea que se revela fructífera por lo menos en tres sentidos. En el primero, para comprender las dificultades y las potencialidades del derecho judicial como lenguaje, es decir, como un escenario que se vincula necesariamente con la comunicación, la lógica y el razonamiento. En un segundo sentido, para acercarse a teorías y discusiones sobre la interpretación de los objetos y sus similitudes en el derecho –p. ej. frente a las providencias judiciales– y la literatura –p. ej. frente a “la obra”–. Un tercer sentido en el que podría ser útil dicha relación es

57 Véase KAFKA, Franz. *El Proceso*. Tercera Edición. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1998. Para exemplificar la descripción del ambiente en el que se ve envuelto el personaje Josef K., Igualmente puede pensarse en DOSTOIEVSKI, Fedor. *Crimen y Castigo*. Debolsillo, Bogotá, 2014 y *Los hermanos Karamazov*. Debolsillo, Barcelona, 2011 o en CAMUS, Albert. *El extranjero*. Comfama, Medellín, 2013.

58 Así por ejemplo, muchas lectoras y lectores no distinguen si el texto de *Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano...* es una obra literaria o un expediente judicial, a pesar de que el autor señale que el texto incluye, además del expediente, los informes médicos y la memoria escrita del propio sindicado de parricidio. FOUCAULT, Michel. *Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano... Un caso de Parricidio del siglo XIX presentado por Michel Foucault*. España: Tusquets, 2001.

para comprender la jurisprudencia como un campo discursivo, la importancia de sus efectos sociales y la responsabilidad que deriva de su uso.⁵⁹ A continuación se presentan estos entendimientos de las relaciones entre el derecho judicial y la literatura para pasar a contextualizar las narrativas judiciales en Colombia, la necesidad de contar con herramientas para su interpretación y la estructura del presente trabajo en la senda de su promoción.

1.1. LENGUAJE JUDICIAL Y LENGUAJE LITERARIO

El derecho funciona como lenguaje y el derecho judicial pareciera funcionar como una serie de conversaciones. Ambos se diferencian del lenguaje cotidiano en tanto centran su atención en el alcance y significado de los enunciados jurídicos y sus conceptos: las lagunas, las antinomias, las contradicciones normativas, entre otros⁶⁰. Dicho de otro modo, como sistema de símbolos el lenguaje jurídico expresaría relaciones hasta cierto punto convencionales. De ahí que las y los juristas hayan tratado de desentrañar el significado de las palabras para dar sentido al derecho⁶¹. No obstante, al igual que la literatura el derecho judicial reconstruye historias sobre hechos, narra la forma en que suceden las cosas desde el acontecimiento cotidiano, la observación de juezas y jueces en cada instancia hasta las historias similares en las que se discutieron los mismos hechos o las mismas disposiciones normativas.

Dentro de esta visión la literatura ayuda a estudiantes y juristas a desarrollar destrezas que les permitan leer y escribir, interpretar los textos y la realidad para generar narrativas razonables sobre el modo de proceder. El rigor a la hora de presentar los argumentos por parte de juezas y jueces así como al momento de

59 BONORINO distingue el derecho *en* la literatura, el derecho *como literatura* y el derecho y la literatura. En la primera se estudia la manera en que el derecho es representado en las obras literarias. En la segunda se examinan las analogías en el estudio del derecho y la teoría literaria. En la tercera distinción concretamente se examina la actividad de interpretación. BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. "Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho". En *Revista Jurídica de Investigación e Innovación educativa*, núm. 4, junio, 2011, pp. 73-90. A las dos primeras CALVO las denomina relación instrumental y relación estructural respectivamente, y distingue una relación institucional en términos de la apropiación de las prácticas literarias. CALVO GONZÁLEZ, José. "Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional". En *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 24, 2007, pp. 307-332.

60 CARRIÓN, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986, pp. 17-36.

61 Ibíd., pp. 47-61. Igualmente véase NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Astrea. Buenos Aires, 2^a Edición, 12^a Reimpresión, 2003, p. 248.

descifrar los *precedentes* que se muestran vinculantes, son situaciones en las que las potencialidades de entender el derecho *como* literatura se pueden aprovechar para redactar, establecer distinciones y usar las palabras en forma adecuada al contexto: “Además, muchos textos jurídicos, sobre todo algunas sentencias judiciales, tienen un estilo literario y poco descriptivo que les acerca más a los textos literarios”⁶². No menos importante sería el uso del derecho judicial *en la literatura*, como forma de comprender el empleo de los conceptos, las instituciones, la cultura jurídica y la percepción que se tiene sobre operadores(as) de justicia en una sociedad determinada, de forma que pueda afinarse para algunos y algunas el sentido del juicio: “La literatura nos puede ayudar a entender la cultura jurídica del medio en el que nos toca actuar”⁶³. Lo que LLEWELYN denominó el “sentido de la situación”, que permite a juezas y jueces adoptar decisiones examinando cada caso con el objetivo de dotar a los demás de una regla de referencia para el futuro, y que, según él, haría parte del “gran estilo” o de la apelación de juezas y jueces a la razón⁶⁴.

1.2. INTERPRETACIÓN JUDICIAL E INTERPRETACIÓN LITERARIA

El uso de la razón para desentrañar el sentido de las cosas permite contemplar también las similitudes entre la interpretación literaria y la interpretación jurídica. Allí encuentra sentido el llamado de DWORKIN:

“A los abogados les vendría bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas. Puede no parecer un buen consejo –salir de Guatemala para meterse en Guatepeor– ya que los mismos críticos están muy divididos en cuanto a qué la interpretación literaria es, cosa que no mejora en las otras artes. Sin embargo, precisamente por eso los abogados deberían conocer dichos debates. No todas las batallas que se han librado entre la crítica literaria han sido edificantes y a veces ni siquiera inteligibles, pero se han defendido muchas más teorías de la interpretación en la literatura que en el derecho, y aquí se incluyen teorías que ponen en entredicho

62 CARRERAS JIMÉNEZ, Mercedes. “Derecho y literatura”. En *Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 34, 1996, p. 45.

63 ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. “Derecho y literatura: aspectos teóricos”. En *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 70, 2013, pp. 381 y 390.

64 LLEWELLYN, Karl Nickerson. *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*. Ed. Little, Brown & Co, Boston, Toronto, 1960, pp. 203 y ss. Citado en GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. En *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, vol. 15, núm. 1, 2009, p. 69.

la distinción aún llana entre la descripción y la evaluación que tanto ha debilitado la teoría del derecho”⁶⁵.

Si se comprende que la hermenéutica, como un trabajo crítico que se efectúa sobre los textos por contraste con el comentario o la simple exégesis de los mismos, “se dio paralelamente en la teología, la filosofía, el arte y el derecho”⁶⁶, la similitud entre la interpretación de la obra literaria y la “obra” jurídica –entendiendo por ella principalmente las normas jurídicas– se encuentra justificada. Frente a ello el ejemplo de DWORKIN resulta ilustrativo para comparar la actividad judicial con la actividad literaria: imaginar una situación en la que un grupo de novelistas se da a la tarea de escribir una obra por entregas (*chain novel*) dedicándose cada uno a un capítulo y viéndose en la necesidad de *interpretar* el capítulo anterior –escrito por su par– para *crear* el suyo⁶⁷.

La discusión en torno a esta posibilidad de “crear” también puede encontrar parangones en el derecho judicial cuando se abre un espacio legítimo para enunciar lo que aún no se ha dicho, se funda una línea jurisprudencial o se realiza un cambio de *precedente*. La sensación de la o el intérprete puede ser descrita en palabras de DWORKIN como: “...una experiencia que debe ser muy común para cualquier persona que intente crear algo y es la de, de pronto, ver “en ella” —la obra— algo que había estado allí y no había visto antes. Esto suele expresarlo —aunque no muy bien— aquel cliché frecuente entre los autores de que sus personajes parecen tener vida propia”⁶⁸. Aunque el mismo DWORKIN señale líneas después que “El deber del juez es interpretar la historia que encuentra, no inventarse una historia mejor. Ciertas dimensiones de ajuste marcarán algunas restricciones”⁶⁹.

65 DWORKIN, Ronald “Cómo el Derecho se parece a la literatura”. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes, 1997, p. 148. En el mismo sentido CARRERAS indica: “La Literatura, al igual que el Derecho, tampoco puede concebirse como un único sistema discursivo o semiótico susceptible de una sola teoría de la interpretación”. CARRERAS JIMÉNEZ, Mercedes, óp. cit., p. 61.

66 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Segunda Edición. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, p. 15.

67 DWORKIN, óp. cit., pp. 164-165. CARRERAS discrepa de que la literatura sea el punto de comparación: “No deja de sorprender que los autores partidarios de la similitud entre la interpretación literaria y la jurídica, no especifiquen qué género literario es más análogo al derecho. En general, el teatro parece el más acertado”. Óp. cit., p. 50.

68 *Ibid.*, p. 160.

69 *Ibid.*, p. 169.

Desde otra perspectiva, la de algunas teorías críticas del derecho que señalan que juezas y jueces adoptan sus decisiones “orientados [as] por el resultado al que quieren llegar”,⁷⁰ es decir, pensando en sus efectos y consecuencias, podría compararse el derecho judicial con la manera en que BORGES contó que escribía sus cuentos y producía su literatura, necesitando solamente del principio y el fin e interviniendo en medio de la historia. En el caso de juezas y jueces el principio alude a aquellas “dimensiones de ajuste” de las que habla DWORKIN, las cuales pueden hallarse en la letra misma de la ley y la obligación de tener en cuenta los *precedentes* para motivar las decisiones judiciales. Dice BORGES que sus cuentos:

—Empieza[n] por una suerte de revelación. Pero usó esa palabra de un modo modesto, no ambicioso. Es decir, de pronto sé que va a ocurrir algo y eso que va a ocurrir puede ser, en el caso de un cuento, el principio y el fin. En el caso de un poema, no: es una idea más general, y a veces ha sido la primera línea. Es decir, algo me es dado, y luego ya intervengo yo, y quizá se echa todo a perder (*ríe*). En el caso de un cuento, por ejemplo, bueno, yo conozco el principio, el punto de partida, conozco el fin, conozco la meta. Pero luego tengo que descubrir, mediante mis muy limitados medios, qué sucede entre el principio y el fin. Y luego hay otros problemas por resolver, por ejemplo, si conviene que el hecho sea contado en primera persona o en tercera persona. Luego, hay que buscar la época; ahora, en cuanto a mí —eso es una solución personal mía—, creo que para mí lo más cómodo viene a ser la última década del siglo XIX. Elijo —si se trata de un cuento porteño—, elijo lugares de las orillas, digamos; de Palermo, digamos de Barracas, de Turdera. Y la fecha, digamos 1899, el año de mi nacimiento, por ejemplo. Porque, ¿quién puede saber exactamente cómo hablaban aquellos orilleros muertos?; nadie. Es decir, que yo puedo proceder con comodidad. En cambio, si un escritor elige un tema contemporáneo, entonces ya el lector se convierte en un inspector y resuelve: “No, en tal barrio no se habla así, la gente de tal clase no usaría tal o cual expresión”.⁷¹

70 Véase KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication (fin de siècle)*. Harvard University Press, 1997, y KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Instituto PENSAR, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999. Para comprender la perspectiva crítica según la cual jueces y juezas adoptan las decisiones judiciales con base en su ideología y los resultados que puedan producir.

71 BORGES, Jorge Luis y FERRARI Osvaldo. “Cómo nace y se hace un cuento de Borges”. En *En Diálogo I*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2005, p. 39. [Subrayas fuera del original].

En esta perspectiva, que juezas o jueces conozcan el resultado al que quieren llegar e intervengan para lograrlo, a la manera en que Borges inventaba lo que sucedía entre el principio y el fin –conocidos de antemano– de sus obras, implicaría volver sobre el lenguaje y su textura abierta: “El texto no puede controlar el carácter indeterminado del lenguaje, de manera que el lector es quien crea el significado (...) Ello implica que cualquier caso pueda decidirse legítimamente de diversas formas, al amparo de la ambigüedad del lenguaje”.⁷² No obstante, el campo del lenguaje jurídico impondrá sus propias restricciones frente al análisis de los casos específicos.

En efecto, juezas y jueces no pueden adoptar decisiones de forma arbitraria sino que deben actuar con sujeción al ordenamiento jurídico, entendiendo por tal, tanto las disposiciones normativas como las normas jurídicas. Es decir, tanto los enunciados que aparecen en los textos normativos (p. ej. Constitución, leyes, decretos, etc.) como el significado o sentido normativo atribuido a los mismos (p. ej. por parte de litigantes y juezas o jueces)⁷³. En otras palabras, no se trata de la obediencia ciega a las palabras de la ley sino al sentido otorgado por ellas mediante la interpretación jurídica. De ahí que juezas y jueces encuentren límites que deben seguir en los *precedentes*, los cuales restringen el sentido de las disposiciones jurídicas y constituyen verdaderas normas jurídicas al concretar su significado.

Lo anterior ha sido expresado con claridad por parte de la Corte Constitucional al señalar el significado de la sujeción al ordenamiento jurídico para juezas y jueces:

“(...) el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada –la “ley” captada en su acepción puramente formal– sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C. P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico” (Art. 16)”⁷⁴.

72 CARRERAS, óp. cit., pp. 41-42.

73 GUASTINI, Riccardo. “Disposición vs. Norma”. En *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción de Jordi Ferrer I. Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pp. 133-156.

74 Corte Constitucional, Sentencia C.486 de 1993 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico n.º 10.

1.3. LA JURISPRUDENCIA COMO CAMPO DISCURSIVO

Seguramente juezas y jueces han vivenciado la interpretación de la jurisprudencia en un sentido que antes no era evidente y que resulta útil para el caso que deben juzgar. Tal vez, también han experimentado las dificultades en torno a la aplicación del derecho judicial viendo la necesidad de enunciar lo que antes no se había dicho, enfrentándose a un caso difícil. Incluso, puede que hayan sentido la necesidad de modificar la jurisprudencia en razón a que, en su criterio, la razón de la decisión (*ratio decidendi*) no abarca todos los hechos similares o estos requieren un trato diferencial. En esas circunstancias, a la manera en que BORGES construye la época y el lugar en el que va a contar su historia, juezas y jueces pueden enunciar nuevos elementos relevantes que abran un campo a partir del cual se desarrolle la doctrina, evolucione la dogmática y se fortalezca la seguridad jurídica.

Igualmente, puede decirse que la apertura de lugares de enunciación por parte de la interpretación judicial se asemeja a la creación de discursos en el campo literario, por ejemplo según la función que logre desempeñar una sentencia como *precedente* en un sistema jurídico prescindiendo del autor e incluso de su jerarquía. En ambos campos lo que se genera es la “posibilidad y la regla de formación de otros textos”⁷⁵. Lo que, traducido al derecho judicial, significaría la posibilidad de fortalecer el precedente o de establecer cambios jurisprudenciales y tendencias interpretativas. En otras palabras, de dar cabida a “otros textos” y otras narrativas que permitan defender los derechos fundamentales y presentar con mayor certeza y de manera más adecuada las decisiones judiciales, transformando de forma legítima el sistema jurídico cuando sea aceptable y necesario.

Estas adecuaciones se consideran legítimas ante cambios en la legislación que exija nuevas interpretaciones de su sentido, cambios políticos o económicos con injerencia en el sentido que orientan las normas jurídicas o incluso para resolver las contradicciones que pueda presentar la propia jurisprudencia⁷⁶. Por ejemplo, la doctrina de la indexación de la primera mesada pensional, según la cual se justificaba actualizar el valor de las obligaciones pensionales para no proyectar los efectos negativos de la inflación en las mesadas⁷⁷, trató de modificarse en 1999

75 FOUCAULT, Michel. “Qué es un autor”. En *Dialéctica*, Año IX, n.º 16, diciembre, 1984, p. 67.

76 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

77 Véase entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, Sentencia del 13 de noviembre de 1991, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, radicación 4486; Sentencias Rad. n.º 7796 del 8 de febrero de 1996, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; Rad. n.º 8616 de 1996 M. P.: Fernando Vásquez Botero.

por parte de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que esta solo procedía en los casos indicados por el legislador y no aplicaba para pensiones reconocidas después de la expedición de la Constitución de 1991⁷⁸.

No obstante, el control constitucional concreto (por vía de tutela) y abstracto (por vía de acción de inconstitucionalidad) encontró que no existían razones suficientes y adecuadas para dicho cambio, toda vez que la indexación materializaba los preceptos constitucionales al dar vigencia a los derechos de los trabajadores(as), la equidad en materia laboral, el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones⁷⁹. Allí la Corte Constitucional indicó: “i) una misma autoridad judicial –individual o colegiada– no puede introducir cambios a sus decisiones sin la debida justificación, ii) los jueces no pueden apartarse por su sola voluntad de las interpretaciones que sobre el mismo asunto ha hecho la Corte Suprema de Justicia, y iii) esta no puede renunciar a su labor de darle unidad al ordenamiento jurídico”⁸⁰. Posteriormente, la Corte Suprema tuvo que modificar nuevamente su jurisprudencia conforme a la Constitución permitiendo la indexación de la primera mesada pensional, abandonando el argumento formalista que solo permitía la indexación en casos explícitos señalados por la ley⁸¹.

En ese contexto parece razonable pensar en el papel de juezas y jueces y la responsabilidad por sus decisiones. Su función de integrar y sistematizar el derecho a partir de las decisiones judiciales en la medida en que: “...los fines del derecho no podrían lograrse si los jueces [as] no aplicasen las normas en forma (relativamente) homogénea, esto es, de manera que sus decisiones resulten, al menos hasta cierto punto, anticipables”⁸². Cobra entonces sentido la exhortación de ATIENZA de fortalecer las “virtudes judiciales” como la templanza, la modestia o autorrestricción para usar el extraordinario poder de adoptar decisiones judiciales que puedan cimentarse sobre el consenso, la racionalidad y la razonabilidad, así como la

78 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 14 de septiembre de 1999, Rad. 12315, M. P.: Germán Valdés Sánchez.

79 Corte Constitucional, Sentencias C-826 de 2006 M. P.: Humberto Antonio Sicrra Porto y C-891A de 2006 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

80 Corte Constitucional, Sentencia SU-120 de 2003 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Fundamento Jurídico n.º 3.1. Véase igualmente la Sentencia T-007 de 2013 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que se reitera la procedencia excepcional de tutela contra providencias judiciales a fin de reclamar la indexación de la primera mesada pensional.

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de julio 31 de 2007, radicación n.º 29022, M. P.: Camilo Tarquino Gallego.

82 ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*. Fontamara. México, 2004, p. 135.

prudencia, entendida como aquella inteligencia práctica de aplicar principios generales a casos particulares, la cual se desarrolla mediante la observancia detallada de la jurisprudencia⁸³.

La obligación de motivar las decisiones judiciales con arreglo a la Constitución de forma suficiente y razonable por parte de juezas y jueces, requiere habilidades para comprender los desarrollos legislativos y jurisprudenciales, sustentar las providencias con argumentos sólidos que respeten los derechos fundamentales y argumentos sistemáticos que fortalezcan la seguridad jurídica. No solo ante el importante papel adquirido por la propia actividad judicial sino, sobre todo, ante los fines constitucionales que orientan la actividad del Estado para respetar y garantizar los derechos de sus ciudadanos. En esta dirección, las narrativas judiciales se diferencian de la literatura en la medida en que tienen efectos directos sobre la realidad, pero comparten con ella la necesidad de presentar una “historia”, o mejor, una argumentación razonada que justifique la decisión judicial. Para finalizar esta introducción conviene mencionar las narrativas judiciales en el contexto colombiano e ilustrar la necesidad de herramientas para su uso e interpretación.

Justificación: 1.4. Narrativa judicial y precedentes judiciales

El rol protagónico desempeñado por la Corte Constitucional en Colombia es un ejemplo de la prolífica actividad judicial y de la importancia adquirida por la jurisprudencia como fuente del derecho en países de tradición romano-germánica o continental. En efecto, en los despachos judiciales, el aumento del uso cotidiano de la relatoría de la Corte Constitucional para respaldar las decisiones, no solo en materia de tutela sino en asuntos propios de la jurisdicción ordinaria, es proporcional al incremento de la producción de sentencias de dicho tribunal⁸⁴. De suerte que fundamentar una decisión judicial es una tarea que requiere repasar “escenas” del pasado, comprender las interpretaciones autorizadas sobre las normas y tomar posición con respecto a ellas, en suma, desentrañar los *precedentes* para interpretar adecuadamente la Constitución.

La importancia de la jurisprudencia Constitucional no se explica solo como un efecto político-coyuntural que depende de la configuración de los magistrados

83 *Ibid.*, p. 140-141.

84 Véase Corte Constitucional colombiana, Relatoría, Estadísticas 1992-2014 (28 de marzo). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas1992-2014.png> (Consultado el 19 de abril de 2014), para constatar que entre 1992 y 2014 la Corte Constitucional ha producido un total de 21.584 providencias judiciales según cifras de su propia relatoría.

en las Altas Cortes, aunque su seguimiento precisamente permita hacer un control ciudadano de sus actuaciones. Al contrario, la propia Constitución otorga a la jurisprudencia constitucional un papel importante al señalar a la Corte Constitucional como guardiana de los preceptos superiores y al establecer el logro de los derechos fundamentales para los ciudadanos(as) como fines del Estado Social de Derecho. En esa medida se justifica que exista un alto grado de observancia y vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional para juezas y jueces, con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y un trato igual en casos similares por parte de la administración de justicia. Dicho de otro modo, la igualdad ante la ley implica la igualdad en su aplicación, lo que impone a juezas y jueces tomar decisiones uniformes en casos similares, así se mantiene la previsibilidad en las normas jurídicas interpretadas y en la propia administración de justicia⁸⁵.

En la práctica, juezas y jueces no solo sustentan sus decisiones en la jurisprudencia sino que deben estar en continuo contacto con sus actualizaciones tanto en materia constitucional como en materia ordinaria. Sus despachos deben estar al tanto de los cambios de *precedentes* para orientar con criterios razonables sus decisiones particulares en todas las áreas del derecho. A esto se suma la proliferación de providencias producidas por las Altas Cortes⁸⁶. Lo anterior plantea varias inquietudes: ¿Cómo pueden juezas y jueces saber en qué decisiones apoyarse para fundamentar sus fallos? ¿Qué metodologías deben usar para enfrentarse a la complejidad de numerosas providencias de las Altas Cortes? ¿Cómo tomar decisiones adecuadas con un cúmulo de jurisprudencia tan amplio? ¿Es posible llegar a decisiones coherentes con tiempos limitados para apropiarse de tanta jurisprudencia?

Dar respuesta a estas cuestiones ubica al análisis jurisprudencial como un aspecto fundamental en la labor de juezas y jueces a la hora de adoptar sus decisiones. Para el trabajo cotidiano de administrar justicia resulta necesario y útil contar con herramientas metodológicas que faciliten el estudio de la abultada producción de providencias judiciales de las Altas Cortes. Como metodología jurídica, el análisis jurisprudencial puede garantizar la formación continuada de juezas y jueces de forma autónoma, en términos de actualización, desarrollo

85 Corte Constitucional, Sentencia T-238 de 1993 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento Jurídico n.º 17.

86 Siguiendo con el ejemplo de la Corte Constitucional, entre 1992-2014 ha generado un promedio de 692 decisiones de tutela y 246 decisiones en materia de constitucionalidad por cada año. Corte Constitucional, *Estadísticas...*, op. cit.

de competencias y aprendizaje permanente⁸⁷. Su puesta en obra, su potencial sistemático y la independencia que permite a juezas y jueces sirve para mejorar la práctica profesional. En este sentido el análisis jurisprudencial como metodología jurídica desarrolla los principales objetivos del modelo educativo que ha inspirado a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla⁸⁸.

Adicionalmente, es necesario que juezas y jueces dominen algunas herramientas metodológicas para acercarse a la jurisprudencia de forma que puedan decidir casos similares conforme a los *precedentes judiciales*, así garantizan un orden jurídico estable basado en la relativa predecibilidad de las normas jurídicas y la igualdad en la aplicación de las mismas. Empero, también para que en ejercicio de su autonomía, independientemente de su posición jerárquica, puedan también apartarse de la jurisprudencia con criterios adecuados y razonables, o sea, ante circunstancias en las cuales no respeta la Constitución seguir reproduciendo el *precedente*. Como se verá más adelante, las circunstancias que ameritan un cambio jurisprudencial imponen una carga argumentativa que pretende salvaguardar la autonomía e independencia judicial y justificar racional y públicamente la legitimidad de su actuación ante ciudadanas y ciudadanos.

87 Entendiendo por Formación Continuada: "toda forma de enseñanza y aprendizaje dirigida hacia las personas después del proceso de formación inicial con el fin de que puedan mejorar sus competencias personales y cualificaciones profesionales de forma permanente". DE MIGUEL DÍAZ, Mario. "La formación continuada. Algunas propuestas de carácter metodológico". En *Revista de Educación y Derecho*, Universitat de Barcelona, n.º 5, 2012, p. 6.

88 GORDILLO GUERRERO, Carmen Lucía. *Módulo Aprender a Aprender en el Modelo Educativo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura: 2007, p. 21.

Unidad 2

EL LUGAR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA DE FUENTES

Og	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Identificar el debate sobre la comprensión y precomprensión de la jurisprudencia como fuente del derecho.</p>
Oe	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Establecer los elementos de análisis que rodean el significado de la jurisprudencia como fuente dentro de la teoría jurídica en Colombia. • Analizar de manera dinámica la importancia de la jurisprudencia dentro del análisis.

La aplicación de las normas jurídicas no es una actividad mecánica que realicen juezas y jueces al estilo de máquinas programadas para producir sentencias. Admitir esta premisa no significa que el sistema jurídico pierda coherencia o seguridad, sino comprender que la decisión judicial posee una estructura dialéctica y un procedimiento argumentativo en el cual es necesario acogerse de forma racional a la interpretación más viable para ofrecer soluciones a los problemas jurídicos que se plantean⁸⁹. Tampoco implica otorgar un poder ilimitado a juezas y jueces pues se encuentran sujetos (as) a la Constitución, las normas y a considerar sus propios pronunciamientos anteriores y los de las Altas Cortes. Al contrario, la seguridad jurídica es alcanzada gracias a que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas por parte de juezas y jueces pone punto final a los conflictos que se tramitan por la vía de los procesos judiciales, concretando los principios y derechos constitucionales en decisiones particulares, asegurando

⁸⁹ PARRA, María Victoria. "El precedente judicial en el derecho comparado". En *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Vol. 4, 2004, p. 246.

una respuesta a los problemas jurídicos que se plantean dentro del sistema de derecho y proporcionando certeza a los y las ciudadanas sobre las normas que deben seguirse.

En este escenario, la discusión sobre el origen de las normas se torna vital para comprender la legitimidad del ordenamiento jurídico y de la actividad judicial. Saber de dónde vienen las normas implica reconocerles la autoridad para respetarlas y no tenerlas como arbitrariedades de quienes las crean para con sus destinatarios(as). Por ello, no todas las personas en la sociedad se encuentran habilitadas para la creación normativa y, en la tradición clásica de la democracia, ello está principalmente en cabeza de quienes son elegidos(as) para conformar los cuerpos legislativos. De esta manera, puede afirmarse que la aplicación de las normas tampoco puede ser una actividad arbitraria sino que debe derivarse del ordenamiento jurídico, precisamente para que las decisiones judiciales sean reconocidas y respetadas. No obstante, ¿el origen de las normas puede ser la actividad de interpretación judicial? ¿Con qué grado de reconocimiento deben contar las decisiones judiciales para ser obedecidas? ¿Cómo diferenciar una decisión judicial arbitria y una legítima? ¿Cuál es la jerarquía normativa que se genera si se admite que la jurisprudencia puede crear derecho?

Estas cuestiones orientan la construcción de la presente unidad, en la que se argumenta que la jurisprudencia, entendida como la labor de interpretación y aplicación de las normas jurídicas conforme a la Constitución por parte de juezas y jueces mediante sus providencias es una fuente del derecho. De ese modo debe ser observada *prima facie* como obligatoria en la medida en que se concrete como *precedente*. Esta sujeción al *precedente* se realiza como un proceso racional y razonable en el que la interpretación de las *líneas jurisprudenciales* permite reiterar el precedente o apartarse de él en situaciones que pueden ser controladas mediante la valoración de los argumentos jurídicos. Lo anterior se evidencia a partir de la evolución de las normas de origen judicial y su vinculatoriedad relativa en Colombia.

2.1. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

A partir de la Segunda Guerra Mundial en Europa y desde los años noventa en América Latina el poder judicial ha adquirido un papel protagónico en la sociedad. En efecto, parece que no hay campo social que escape a un eventual pronunciamiento judicial siempre que existan derechos fundamentales vulnerados

o en inminente riesgo de estarlo⁹⁰. Este fenómeno se presenta tanto en los países de tradición “anglosajona” como en aquellos de tradición “romano-germánica” a pesar de las diferencias que se endilgan a la labor judicial en una y otra cultura jurídica.

Las críticas ante el rol de juezas y jueces en defensa de la Constitución son variadas en relación con su injerencia en asuntos políticos, económicos, morales, familiares o de competencia de otras entidades institucionales. Por ejemplo, se cuestiona la usurpación de las competencias legislativas mediante las providencias judiciales que crean normas jurídicas de alcance general⁹¹. Estas críticas se dirigen a debilitar el valor adquirido por la jurisprudencia en el sistema de fuentes jurídicas, su alcance y su grado de obligatoriedad.

La desconfianza frente a la labor de juezas y jueces encaja con los valores de la tradición liberal y legalista importada de Francia y España de principios del siglo XIX. En ella, la ley es la fuente principal del derecho, su redacción debe ser clara, general, impersonal y abstracta. De esta tarea se ocupa el órgano democráticamente elegido y con base en dicha legitimidad ningún otro órgano debería estar facultado para producir normas jurídicas. Por consiguiente, a juezas y jueces les está vedado producir normas jurídicas similares a las legislativas⁹². A lo sumo, producen normas jurídicas –única y exclusivamente– aplicables a los casos que atienden y basadas en los hechos concretos, las que serían uniformes en razón a que son el fruto de “la obediencia estricta a una disposición legal”⁹³.

Sin embargo, “hoy, apreciamos una crisis de la ley como fuente exclusiva del Derecho creada por el Estado en favor de los jueces, convirtiéndolos en auténticos

90 Véase TATE, Neal C. y VALLINDER, Torbjorn (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London: New York University Press 1995.

91 Sobre el debate véase por ejemplo: GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel S. A., 1996. Igualmente el marco teórico propuesto por ANSOLABEHERE, Karina. *La política desde la justicia. Cortes Supremas, Gobierno y Democracia en Argentina y México*, Fontaniera-FLACSO, México, 2007.

92 La influencia histórica y casi genética de esta tradición: “ha calado muy hondo en la formación del jurista de antes y de ahora. La descripción del poder judicial como un auténtico poder nulo, compuesto por una serie de seres inanimados o virtualmente invisibles, condenados a ser «la boca muda que pronuncia las palabras de la ley», a veces parece no haber perdido actualidad”. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En CARPIO MARCOS, Édgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Comps.) *Estudios al precedente constitucional*. Palestra Editorial, Lima, Perú, p. 20.

93 LÓPEZ MEDINA, *Interpretación...* óp. cit. pp. 27-30.

legisladores para lograr una mayor adaptación de las normas a las demandas sociales⁹⁴. Asimismo, la promoción de la Constitución en un Estado Social de Derecho por parte de juezas y jueces ha llevado a que su actuación no se restrinja a la de un “legislador negativo”⁹⁵ sino a que pueda generar *subreglas* ajustándose a los derechos fundamentales, cuya protección marca el límite permitido y hace legítimos sus pronunciamientos. Sobre todo, si se considera que las providencias judiciales deben respetar el derecho a la igualdad de los ciudadanos(as) decidiendo los casos de forma uniforme y coherente.

El debate sobre el valor de la jurisprudencia se remonta al siglo XIX y puede rastrearse como una lucha por el control de las fuentes jurídicas. En el fondo subyacen dos preguntas fundamentales de la teoría derecho: por un lado, si el derecho es coherente y funciona como un sistema pleno, es decir, no presenta contradicciones, lagunas o inconsistencias; y por otro lado, si la labor judicial se ejecuta de una forma neutral o da lugar a la creación de normas jurídicas⁹⁶.

2.1.1. El significado de la jurisprudencia

Tratando de resolver estas preguntas los doctrinantes han buscado desentrañar el significado de la jurisprudencia, acepción que es usada en diversos sentidos que aceptan o rechazan su carácter de fuente jurídica. Por ejemplo, es bien conocida la división entre el derecho continental y el derecho anglosajón, conforme a la cual juezas y jueces tienen un papel más activo en el *common law* dado que sus decisiones deben atarse a la regla del *stare decisis*, se sostiene que allí la jurisprudencia operaría como fuente jurídica, pero no lo sería en la tradición continental en el que hay primacía del derecho legislado⁹⁷. No obstante, según PESES-BARBA, la división misma no se justifica en la medida en que ha venido presentándose un acercamiento progresivo entre las dos tradiciones mediante tres cauces: la interpretación de las normas generales realizadas por juezas y jueces, la insuficiencia de la premisa de autosuficiencia del sistema jurídico y la actividad creadora del juez en el control

⁹⁴ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”. En *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá (IV), 2011, p. 31.

⁹⁵ Véase KELSEN, Hans. “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. En *Dereito*, Vol. IV. n.º 1, 1995, 219-220. Resaltando que el tribunal constitucional actúa como legislador negativo cuando anula una ley, pues su decisión tiene el mismo rango de esta.

⁹⁶ PARRA, óp. cit., p. 240.

⁹⁷ APARISI MIRALLES, Ángela. “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del derecho”. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. IX, 1992, Valencia, pp. 250-251.

de legalidad y de constitucionalidad⁹⁸. Asimismo, NINO señala que “la distinción entre los sistemas de *common law* y los de tipo continental se limitan a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de estas especies de normas”⁹⁹.

En efecto, el valor que se otorga a la jurisprudencia en los sistemas jurídicos ha venido en aumento, en tanto la labor de interpretación judicial puede ser fuente de normas jurídicas, cuya certeza y predecibilidad tienen la misma importancia que las normas jurídicas producidas por los cuerpos legislativos. Este argumento otorga sentido a la idea de jurisprudencia como fuente jurídica que debe aplicarse por igual para conservar la seguridad jurídica. Ilustremos lo anterior desde la perspectiva del litigante: “El abogado del *common law* tiene posibilidad de aconsejar al jurisdiccionado porque puede valerse de los precedentes, al contrario de aquel que actúa en el *civil law* que es obligado a advertir a su cliente que determinada ley puede –conforme el juez sorteado para analizar el caso– ser interpretada en su favor o no”¹⁰⁰. Esta diferenciación resulta artificial dado el peso de los precedentes y su uso cotidiano en las prácticas jurídicas de juristas, juezas y jueces, aunque teóricamente se crea en ella.

Así, pueden caracterizarse varios matices teóricos sobre la fuerza normativa de la jurisprudencia. En un sentido amplio se encuentran aquellas comprensiones de la jurisprudencia como “ciencia del derecho”, es decir, como la actividad mediante la cual se aplica el derecho a los hechos. En un sentido menos amplio se considera que la jurisprudencia equivale a la doctrina establecida por los tribunales. Sin embargo, en un sentido más restringido la jurisprudencia haría relación solamente a las normas creadas por juezas y jueces en sus providencias¹⁰¹. En este último sentido se admitiría que el derecho no necesariamente es coherente y que la labor judicial no es necesariamente neutral, empero, la formulación restringida de la

98. PECES-BARBA, Gregorio. “La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”. En *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1983, Núm. 6, pp. 21-22

Citado por: APARISILI MIRALLES, *Ibid.*, p. 259.

99. NINO, óp. cit., pp. 292-293.

100. MARINONI, Luiz Guilherme. “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”. En *Revista Jus et Praxis*, año 18, n.º 1, 2012, Traducción de Christian Delgado Suárez, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 253.

101. SCHIELE MANZOR, Carolina. “La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia”. En *Ars Boni et Aequi*, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins, n.º 4, 2008, Santiago, Chile, pp. 182-183.

jurisprudencia busca generar un marco que permita controlar, predecir y otorgar mayor seguridad jurídica en la adopción de decisiones judiciales a fin de que no sean arbitrarias.

Excede los propósitos de este trabajo indagar por las raíces etimológicas de la acepción jurisprudencia, por lo que el esfuerzo se concreta en otorgar elementos útiles a efectos del análisis. En esa dirección, un significado operativo podría considerar a la jurisprudencia como el enunciado general que describe las normas o subreglas producidas por juezas y jueces en sus providencias. La operatividad resulta útil para comprender su diferencia con respecto a los *precedentes* como una subregla de carácter sistemático que se encuentra en la jurisprudencia y se puede hallar mediante su reconstrucción, así como para distinguirla con respecto a la *línea jurisprudencial*, la cual hace relación a la consolidación de los *precedentes* y el mapa que permite observar tanto la reiteración de los *precedentes* como los argumentos de su adopción o su abandono frente a campos decisionales particulares¹⁰².

Así, la jurisprudencia puede usarse para hablar de todas las normas de origen judicial a que se encuentran sujetas juezas y jueces, las cuales son producto de las interpretaciones autorizadas hechas por las Altas Cortes. En este sentido general puede decirse que la jurisprudencia es obligatoria. No obstante, en la labor cotidiana de administrar justicia frente a casos reales y concretos, juezas y jueces deben identificar aquellos elementos que resultan vinculantes. De esta manera, puede hablarse de *precedente* para referirse a aquellas interpretaciones que resultan vinculantes a la luz de un caso práctico que debe resolverse. Se trata de una distinción de grado para diferenciar la doctrina general en los diversos ámbitos del derecho desarrollada por juezas y jueces (jurisprudencia) del escenario en el que juezas y jueces ejercen su poder normativo general a partir de casos concretos especificando el significado y alcance de los derechos y principios (*precedente*)¹⁰³.

102 Se usa la noción de campo décimal para significar el espacio generado entre dos tendencias decisionales opuestas dentro de cuyos márgenes adoptar una decisión judicial resulta legítima.

La identificación de este campo puede realizarse en todas las jurisdicciones (no se restringe a la jurisdicción constitucional) como suele inferirse de estudios como los de LÓPEZ MEDINA, *El Derecho...*, óp. cit.

103 Podría extrapolarse esta distinción a gran parte de América Latina que la ha recepcionado de la tradición del *common law* y adecuado a sus prácticas jurídicas. Por ejemplo, la distinción es usada por el Tribunal Constitucional del Perú, caso Salazar Yarlenque vs. Municipalidad de Surquillo (Exp. 3741-2004-AA/TC). Citado por: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro, "Las «peculiaridades» del precedente constitucional en el Perú". En CARPIO MARCOS, Édgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Comps.). *Estudios al precedente constitucional*. Palestra Editorial, Lima, Perú, p. 92.

Aunque a veces los *precedentes* se presenten de una forma clara en tanto explicitan la razón de la decisión (*ratio decidendi*) y la propia determinación adoptada (*decisum*) como subreglas que deben aplicarse en casos futuros, juezas y jueces deben interpretar la forma en que se ha reiterado, ampliado, restringido o consolidado. Esta interpretación es un ejercicio que consiste en rastrear las *líneas jurisprudenciales* creadas en cualquiera de las jurisdicciones por las Altas Cortes mediante la reiteración o el abandono de la tendencia en un campo decisional¹⁰⁴.

De esta manera no se desconoce el debate sobre el arbitrio judicial en el que se inscribe la pugna por el lugar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes, en la que un extremo considera que solo la ley es fuente jurídica (p. ej. escuela exegética) y el otro que solo lo serían las sentencias judiciales (p. ej. el realismo jurídico), sino que se tiene en cuenta el papel que desempeñan juezas y jueces y la necesidad de que sus decisiones preserven la seguridad jurídica. Sin duda, este papel y la jurisprudencia así generada se inscribe dentro de lo que LÓPEZ MEDINA caracteriza como el “nuevo derecho” por contraste con el legalismo liberal del “derecho tradicional”. Es decir, una serie de factores que son considerados como característicos del derecho judicial contemporáneo: el control social sobre las decisiones judiciales se debe ejercer en la medida en que se comprende que en la actualidad hay un mayor acercamiento entre el derecho y la moral, una penetración del derecho constitucional en las demás ramas del derecho y en los campos sociales, la premisa de que existen conflictos entre derechos antes que aplicaciones silogísticas de las normas y un mayor valor al derecho sustancial y la justicia material¹⁰⁵.

Lo anterior significa que juezas y jueces no se limitan a la aplicación directa de la ley a los casos concretos y que esta constatación trae mayores responsabilidades para la función que ejercen, demanda mejores herramientas para sostener de forma legítima sus decisiones y proteger en forma efectiva los derechos fundamentales. Además, exige que las decisiones sean consistentes, razonables y no se basen en la arbitrariedad para que siendo relativamente anticipables fortalezcan la seguridad jurídica.

Aplicar el derecho es mucho más que llevar a cabo una operación silogística y, por lo menos ante lagunas, antinomias e inconsistencias del sistema, juezas y

104 Véase la distinción entre *ratio en sentido formal* y *ratio en sentido material* en las unidades 6 y 7.

105 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Segunda Edición, Legis, 2006, pp. 323-324.

jueces se convierten en creadores(as) de derecho; siendo así, no existe una única forma de producción del derecho aunque sí pueda existir alguna jerarquía entre las formas jurídicas¹⁰⁶. A su vez, respetar el *precedente* como fuente de derecho tampoco implica petrificarlo o aplicarlo en forma mecánica, en palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“(…) no se trata de que el acatamiento del precedente, se comporte en un método rígido de aplicación de la ley que imponga criterios inamovibles. La jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que en un momento dado hayan podido ocurrir los altos Tribunales, pero se reitera es una fuente formal y material de derecho, de la cual deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas”¹⁰⁷.

Esto se da sin que necesariamente deban existir tribunales activistas, precisamente atendiendo al carácter de fuente jurídica que es posible otorgar a la jurisprudencia¹⁰⁸. Para decirlo a la luz de la Constitución Política de 1991 con la Corte Constitucional:

“Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de la sentencia de tutela”¹⁰⁹.

En síntesis, la labor judicial no consiste en la aplicación mecánica de las normas jurídicas, sino que involucra un proceso de razonamiento en el que estas deben ser sopesadas a la luz de los hechos. La creación de normas jurídicas a partir de este

106 APARISI MIRALLES, óp. cit., p. 258.

107 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 1 de febrero de 2012, M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero, Proceso n.º 34853, Fundamento Jurídico n.º 1.

108 En el sentido contrario, es decir, señalando que la jurisprudencia como fuente de derecho depende de una Corte Constitucional Activa, Véase: BERNAL CANO, Natalia. “Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho”. En: *Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Núm. 28, enero-junio, 2013, p 377.

109 Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992 M. P.: Ciro Angarita Barón. Fundamento Jurídico n.º 12.

proceso puede denominarse en general jurisprudencia, empero, su obligatoriedad particular se puede designar como *precedente* no para significar que juezas y jueces estén atados a la decisión inmediatamente anterior, sino que deben interpretar las líneas jurisprudenciales o la relación entre varias sentencias sobre un mismo punto de derecho para solucionar un caso práctico. A pesar de que no se puede negar el papel de juezas y jueces en la creación normativa subsiste la controversia sobre las implicaciones de dicha aceptación para el sistema de fuentes romano-germánico tradicionalmente encabezado por la ley.

2.1.2. El sistema de fuentes jurídicas

Como señala NINO: “El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo «fuentes del derecho»”¹¹⁰. Al decir de LÓPEZ CALERA se refiere a: “quién o quiénes están autorizados dentro de un sistema jurídico, para crear derecho y a cuál o cuáles son las formas que adopta el derecho”¹¹¹. En este sentido, las fuentes jurídicas han sido objeto de análisis conceptuales, estudios teóricos y comparados en relación con su definición y su carácter. Entre quienes sostienen que la jurisprudencia no es una fuente jurídica sobresalen argumentos como la falta de competencia de juezas y jueces para la función normativa, la ausencia en las sentencias de la generalidad y abstracción propia de las normas de origen legislativo y que, al ser contradictoria y cambiante, la jurisprudencia atenta contra la seguridad jurídica. No obstante, desde otras perspectivas la jurisprudencia se le asimila a la costumbre, se vincula su fuerza obligatoria a los principios que logra subsumir, se indica que su reconocimiento como fuente debe ser legislativo o que es una fuente autónoma como sostenía la corriente del realismo jurídico, todo con el fin de otorgarle fuerza vinculante¹¹².

Así, se han generado oposiciones conceptuales: entre fuentes formales *versus* fuentes materiales, entre fuentes legales *versus* fuentes *extra ordinem* (hechos sociales puros) y entre fuentes de conocimiento *versus* fuentes normativas, por mencionar las más citadas¹¹³. El dilema entre estas oposiciones consiste en determinar si el derecho es producido al interior del mismo sistema jurídico o depende de factores

¹¹⁰ NINO, óp. cit., p. 148.

¹¹¹ LÓPEZ CALERA, Nicolás. *Teoría del Derecho*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 66. Citado por: SCHIELE MANZOR, óp. cit., p. 183.

¹¹² SCHIELE MANZOR, óp. cit., pp. 185-190.

¹¹³ AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona, 2000, pp. 37-44.

extrajurídicos. Para juezas y jueces ante un caso específico, se trata de dilemas falsos en la medida en que, en últimas, remiten a un problema de validez en términos de la jerarquía normativa¹¹⁴.

Para ilustrar este punto conviene tener en cuenta cinco sentidos sobre la creación de derecho que funcionan como argumento de que la jurisprudencia es fuente del mismo. En el primero, la decisión judicial funciona como una norma particular y la sentencia como un mandato. En el segundo, la decisión judicial especifica las normas superiores para generar una norma específica aplicable al caso. En el tercero, no existen normas a partir de las cuales derivar la solución de los casos, por lo que se infieren del ordenamiento jurídico (analogía, principios generales...). En el cuarto, aquellas decisiones particulares tienen efectos generales y en el quinto, se retiran normas jurídicas del ordenamiento¹¹⁵. Aunque pueda discutirse en cuál de estos sentidos se presente verdadera creación de derecho, sin desconocer el arbitrio judicial para tomar decisiones, se puede constatar fácilmente que en cualquiera de estos sentidos la jurisprudencia se presenta como fuente de derecho:

<i>Jurisprudencia como creación de derecho</i>		
1	Fuente formal.	La decisión judicial es un acto jurídico normativo (como la ley).
2	Fuente material para casos concretos con normas preexistentes.	Especificación del significado de las normas jurídicas existentes.
3	Fuente material para casos concretos sin normas preexistentes.	Lagunas, omisiones legislativas...
4	Fuente material de normas generales.	Decisiones vinculantes <i>erga omnes</i> .
5	Fuente como expulsión de normas jurídicas del ordenamiento.	Legislación negativa.

Por ejemplo, no es posible negar el origen y el carácter vinculante de una sentencia para las partes en el marco de un proceso ejecutivo que señala de forma clara, expresa y exigible la obligación de que el deudor cancele una suma

114 *Ibid.*, 45-50.

115 ITURRALDE, Victoria. "Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas del *civil law*: el caso Español". En Anuario de Filosofía del Derecho, XII, España, 1995, pp. 401-406.

determinada a su acreedor toda vez que el primero no presentó excepciones o contestó la demanda. Allí existe una norma jurídica particular derivada por juezas y jueces de normas superiores que inician con la Constitución, pasan por los Códigos Civil y de Comercio y las leyes específicas que regulan la materia en términos sustanciales y procesales. También en este ejemplo se ha especificado para el caso concreto el sentido de las normas en punto al significado de la obligación y su alcance. Este proceso de aplicación y creación de una norma particular hace innegable a la jurisprudencia como fuente jurídica.

Tampoco podría negarse el origen de las normas jurídicas que pretenden llenar lagunas mediante la analogía o el uso de los principios generales del derecho¹¹⁶. Por ejemplo, el uso de estos métodos realizado por la “Corte de Oro” al adaptar el régimen patrimonial de la Ley 28 de 1933 a las sociedades conyugales surgidas con anterioridad a su vigencia y que no se liquidaron provisionalmente, con el objetivo de salvaguardar la igualdad jurídico-patrimonial de las esposas frente a sus esposos¹¹⁷. Sin duda la norma jurídica fue aplicada y sus efectos no se redujeron al caso particular valorado por la Corte.

En esos términos, el problema de las fuentes puede plantearse desde el punto de vista interno al propio ordenamiento jurídico. Es decir, como una cuestión de validez de unas normas con base en otras normas, situando la pregunta en el origen de las normas jurídicas más que en el origen del orden jurídico en su conjunto¹¹⁸. La importancia de esta perspectiva radica en que proporciona criterios de objetividad para la identificación y la aplicación de las normas jurídicas por parte de juezas y jueces, otorga mayor seguridad jurídica al sistema y mejor certeza a los y las ciudadanas.

¹¹⁶ Sobre el uso de la analogía y los principios generales del derecho para solucionar lagunas, véase: ITURRALDE, Victoria. “Lagunas”: En *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Universidad del País Vasco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 195-250.

¹¹⁷ DUARTE MARTÍNEZ, Carlos Arturo y FIGUEROA ALFONZO, María Andrea. “El régimen patrimonial de las sociedades conyugales surgidas antes del 1º de enero de 1933 a la luz de la Ley 28 de 1932: un respaldo jurisprudencial de la Corte de Oro a la construcción de la República Liberal”. Tercer Intercambio y Concurso de Semilleros de Investigación “Fortaleciendo la investigación, caminarnos hacia la excelencia”, 8 de noviembre de 2012, Universidad Sergio Arboleda. Santa Marta.

¹¹⁸ Sobre jerarquía normativa en el orden jurídico como sistema estático o dinámico, véase: KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. UNAM, México, 1988, pp. 131-133.

Desde esa perspectiva, la presentación clásica de las fuentes jurídicas consiste en una clasificación entre las fuentes como hechos y las fuentes como actos jurídicos que producen normas jurídicas. Dice AGUILÓ: “Por [fuentes] tales voy a entender los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas”¹¹⁹. Igualmente BOBBIO: “Fuentes del derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”¹²⁰. En este orden de ideas los ejemplos extremos serían, por un lado, la creación legislativa como un “acto jurídico” voluntario que da origen a las normas jurídicas y, por otro lado, la costumbre como un “hecho jurídico” cuyos efectos consisten en la producción de normas jurídicas¹²¹. Sin embargo, ¿Qué lugar tienen las normas cuyo origen es judicial? ¿Se trata de “actos” o de “hechos”?

Determinar las fuentes de las normas jurídicas permite ubicar su posición en la jerarquía normativa y su relación con las demás normas. En este punto el asunto de las fuentes se vincula necesariamente con el valor de la seguridad jurídica. Dicho de otro modo, con la posibilidad de prever las normas originadas en sede judicial y tener certeza sobre ellas, así como del orden jurídico en su conjunto¹²². Por consiguiente, es pertinente considerar el problema desde el punto de vista de la unidad del ordenamiento jurídico: si las normas judiciales son actos parecería difuminarse la coherencia del orden jurídico en tanto las decisiones judiciales penden de la voluntad y no de la sujeción a estándares normativos objetivos, si se trata de un hecho, la norma judicial podría considerarse petrificada y resistente al cambio.

De este modo, la sentencia individualmente considerada encaja mejor en la noción de fuente como acto voluntario, y, la jurisprudencia, entendida como costumbre judicial, encaja mejor en la concepción de las fuentes como hechos jurídicos¹²³. Con todo, subsisten serias diferencias entre esta idea de “costumbre judicial” y la noción de *precedente* y *línea jurisprudencial*. La diferencia principal se encuentra en punto a la obligatoriedad del *precedente*, en esa medida no es solo acto jurídico y tampoco es nudo hecho. Lo que se admite mayoritariamente es

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 150.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

¹²¹ AGUILÓ REGLA, óp. cit., pp. 51-57. Para NINO se trataría de formas *deliberadas* y formas *espontáneas*. Óp. cit., p. 148.

¹²² AGUILÓ REGLA, Josep. “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”. En *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral* n.º 3, junio-noviembre, 2009, p. 148.

¹²³ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional* (trad. de J. Jiménez Campo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 153 y ss. Citado por: AGUILÓ REGLA; *Ibid.*, p. 158.

que jueces y juezas crean normas jurídicas, pero se discute la jerarquía de dichas normas y su vinculatoriedad para los(as) demás operadores(as) jurídicos(as) y la sociedad en general.

La discusión sobre el carácter de la jurisprudencia es útil para comprobar que difícilmente se niega su papel de fuente jurídica en las sociedades contemporáneas. Este papel viene sustentado en la necesidad de adaptar el derecho legislado a las nuevas realidades como una función propia de juezas y jueces. También el rol que ha venido desempeñando a la hora de colmar las lagunas legales a partir de inferencias del ordenamiento jurídico considerado como un todo y, la generación de pautas o directrices de interpretación que permiten integrar sistemáticamente el derecho¹²⁴.

En suma, admitir que la jurisprudencia es una fuente de derecho es considerar la función que juezas y jueces desempeñan en la práctica aportando unidad y coherencia al sistema jurídico, permitiendo que exista seguridad jurídica –pues en última instancia existirá una decisión judicial– y creando normas jurídicas que pueden convertirse en *precedentes* vinculantes de forma relativa para sus pares y sus destinatarios(as). No obstante, conservan autonomía e independencia para apartarse de dicho precedente cuando ello resulte legítimo y razonable. Estos argumentos pueden observarse a partir de la trayectoria de la jurisprudencia en el sistema de fuentes colombiano y el peso relativo de los *precedentes*.

2.2. FUENTES JURÍDICAS Y NORMAS DE ORIGEN JUDICIAL EN COLOMBIA

El valor de la jurisprudencia como fuente jurídica tiene como antecedente la función de casación y unificación de la Corte Suprema de Justicia en el siglo XIX. Entre 1886 y 1896 se desarrolla una pugna entre un tradicionalismo de fuentes y un “sistema libre de jurisprudencia”, ambas tendencias ven en la jurisprudencia una fuente de derecho, pero se distancian con respecto a su uso y obligatoriedad. El tradicionalismo de fuentes defendió la doctrina legal importada de Francia y España, esta se plasmó en la Ley 61 de 1886 como causal de casación, en la Ley 153 de 1887 como mandato general de aplicación de la doctrina legal más probable constituida por tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho falladas por la Corte Suprema y, mediante la Ley 105 de 1890 como una obligación de la Corte de enunciar la doctrina legal a manera de regla en las sentencias¹²⁵.

124 SCHIELE MANZOR, óp. cit., p. 191-194.

125 LÓPEZ MEDINA, *El Derecho...* Óp. cit., pp. 16-23.

Sin embargo, sería la misma Corte Suprema la que rechazaría este sistema en el que se dejaba de lado las consideraciones de los fallos y se usurpaban las competencias legislativas queriendo enunciar en las sentencias normas de carácter general. El sistema libre de jurisprudencia abogó por menor rigidez y por un nuevo sentido de la doctrina probable, es decir un sentido en el que el uso de la jurisprudencia era optativo en la medida en que la realidad exigía variaciones jurisprudenciales, de esta forma la Corte no necesariamente quedaba atada a sus propias decisiones usurpando facultades legislativas e impidiendo la evolución de la jurisprudencia, pero tampoco se sometía a juezas y jueces de inferior jerarquía al dilema de obedecer decisiones que consideraran erróneas o a desobedecer la doctrina de la Corte con base en las consideraciones de los fallos¹²⁶.

A partir de 1991 se retoma el debate entre la tendencia optimista y la tendencia escéptica frente al *precedente* a propósito del cambio constitucional¹²⁷. La pugna continúa al interior de la nueva Corte Constitucional dividida en dos tendencias: quienes rechazan la obligatoriedad y quienes ven como necesaria la sujeción relativa a los *precedentes judiciales*. El desarrollo de la contienda jurídica se puede presentar acudiendo a la periodización de LÓPEZ MEDINA: una etapa de incipiente consideración del valor de la jurisprudencia entre 1992 y 1995 (i) una seria consideración de la importancia de los precedentes entre 1996 y 2000, que da lugar entre 1997 y 1999 a una valoración del precedente en términos sistémicos (ii) y, el hito más importante que sirve a efectos de consolidación del sistema de sujeción a los precedentes mediante la revisión constitucional de disposiciones del siglo XIX en la Sentencia C-836 de 2001.

2.2.1. La incipiente consideración del valor de la jurisprudencia: 1992-1995

El sistema libre de jurisprudencia aparentemente quedaría condensado en el artículo 230 de la nueva Constitución otorgando un carácter auxiliar a la jurisprudencia: “Los jueces, en sus providencias, solo están sujetos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Con esto supuestamente la jurisprudencia no sería vinculante aunque fuera fuente jurídica auxiliar. Empero, y como se analizará enseguida:

126 *Ibid.*, pp. 24-28.

127 BERNAL PULIDO, Carlos. “El precedente constitucional en Colombia”. En *Revista Derecho del Estado*, n.º 21, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 85-86.

“si bien, una lectura rápida y literal del art. 230 de la C. P., pareciera conducirnos a sostener el valor simplemente secundario de la jurisprudencia –como característica de los sistemas continentales o de *civil law* como el nuestro– dicha visión parece estar sometida en la actualidad a examen, en tanto se gesta a nivel mundial un replanteamiento en torno al papel que cumple la función judicial en el establecimiento del derecho vigente, bajo el entendido de que el juez, deja de ser operador jurídico, para tornarse en creador de *subreglas* que concretan el contenido y alcance de la normatividad vigente”¹²⁸.

En este periodo será el ejecutivo el que impulse el valor normativo de la jurisprudencia de la mano de algunos magistrados de la Corte Constitucional. Mediante el Decreto 2067 de 1991 el ejecutivo buscó dotar de peso obligatorio a las sentencias de la Corte Constitucional estableciendo su carácter de cosa juzgada¹²⁹. Igualmente trató de establecer a la jurisprudencia como criterio “auxiliar obligatorio” para todas las autoridades. En la revisión de constitucionalidad, la Corte sostuvo que era redundante el carácter de cosa juzgada en la medida en que reiteraba la idea general de acatamiento de las decisiones judiciales, y explicó que la potestad de señalar los efectos de las providencias se deriva de su autonomía funcional y se sustenta en la labor de guardar “la integridad y supremacía de la Constitución”, asunto que no podría regularse por vía legal¹³⁰. Asimismo, declaró inexequible la expresión “obligatoria” dando primacía al carácter auxiliar de la jurisprudencia¹³¹.

La posición minoritaria de la Corte, representada principalmente por el Magistrado Ciro Angarita Barón, trataba de dar un mayor peso a la jurisprudencia de tutela incluyendo la que se denominaría “Cláusula Angarita” en las decisiones de la Corte, esta señalaba el carácter obligatorio de la doctrina constitucional enunciada en la sentencia para casos similares por sus hechos o circunstancias¹³².

128 PARRA, *op. cit.*, p. 252.

129 Art. 21 Inc. 1: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”.

130 Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993 M. P.: Jorge Arango Mejía. Allí se afirmó que: “(...) entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel”. Fundamento jurídico literal f).

131 A juicio de LÓPEZ MEDINA, la aparente contradicción del carácter “auxiliar obligatorio” que pretendía establecerse se explicaba por reconocer la jerarquía tradicional de las fuentes, pero a su vez, modificándola para dar obligatoriedad a la jurisprudencia. LÓPEZ MEDINA, *El Derecho...* *op. cit.*, pp. 36-37.

132 Puede verse como ejemplo la Sentencia T-414 de 1992 M. P.: Ciro Angarita Barón. Decisum número sexto.

Empero, la tendencia mayoritaria reforzaría su posición indicando que solo las sentencias que revisaran la constitucionalidad abstracta de la ley tendrían carácter obligatorio, para restringir esa particularidad a las sentencias que retiraban normas del ordenamiento jurídico y, al tiempo, contra la cláusula Angarita, establecer que los efectos de las sentencias de tutela se restringían a las partes¹³³. En la tutela, el asunto parecía confirmarse en el decreto que la reglamentaba, cuyo tenor literal estableció que “las sentencias en las que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto (...).” (Art. 36. Dec. 2591 de 1991):

Hacia finales del periodo se empieza a decantar la tendencia hacia la doctrina de *precedentes*, es decir, hacia la obligatoriedad de los *precedentes judiciales*. En revisión del artículo 8 de la Ley 153 de 1887 la Corte realiza una diferencia entre la doctrina constitucional integradora, la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia. Mientras que las dos últimas solo representan guías auxiliares de la labor hermenéutica, la doctrina constitucional integradora, al intentar llenar las lagunas y dar coherencia al sistema jurídico, resultaría obligatoria en los casos en que no exista derecho aplicable¹³⁴. Esta distinción no se retomaría pero, un mes después de enunciada, una nueva sentencia otorgaría mayor valor a los pronunciamientos de la Corte.

Así, la Sentencia T- 123 de 1995 afirmaría sin distinciones dogmáticas que la doctrina constitucional en general tenía carácter obligatorio ya que, sin perjuicio del carácter auxiliar de la jurisprudencia, la unificación doctrinal debe realizarse por la vía del respeto al principio de igualdad, esto es, que en casos similares debe acatarse la línea jurisprudencial construida por la Corte o apartarse de la misma justificando la decisión de forma suficiente y adecuada¹³⁵. Según LÓPEZ MEDINA, en esta sentencia se inaugura un mecanismo de disciplina jurisprudencial pero se restringe a las Altas Cortes en razón a su función de unificación¹³⁶. Tres meses

133 Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993 M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

134 Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995 M. P.: Carlos Gaviria Díaz. La aclaración de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz trata de evidenciar que la Doctrina Constitucional es obligatoria incluso cuando existe norma jurídica aplicable y señala reforzando su carácter de fuente jurídica: “El sentido del término “doctrinal constitucional” fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a “norma constitucional” y a “cualificación adicional” efectuado por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es ley (C. P. Art. 4), o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada vinculan a todas las autoridades (C. P. Art. 243)”.

135 Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1995 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico n.º 4.

136 LÓPEZ MEDINA, *El derecho...*, óp. cit., p. 48.

después otra sentencia de tutela reforzaría la idea de la obligatoriedad del *precedente* en aras de no caer en la arbitrariedad judicial mediante la variación indefinida de los preceptos constitucionales, ya que las pautas doctrinales establecidas por la Corte “indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse” pues de ignorarlas violarían la Constitución misma¹³⁷.

2.2.2. El peso de las sentencias: 1996-2000

La consolidación de la doctrina de *precedentes* inicia su trayectoria mediante la revisión de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en 1996, en la que el gobierno trató de frenar el protagonismo de la Corte Constitucional. En esta oportunidad toma fuerza la obligatoriedad del *precedente* a través del reclamo de autonomía institucional de la Corte, el rechazo de la soberanía parlamentaria para interpretar la Constitución y establecer los efectos de las sentencias de la máxima intérprete de la Constitución¹³⁸. Se reitera que la potestad de modular los fallos deviene de la jerarquía funcional impuesta por la Constitución, de la función de guarda de su integridad tanto en providencias de constitucionalidad como de tutela. En relación con las sentencias de constitucionalidad la providencia retoma la noción de cosa juzgada implícita según la cual las consideraciones que constituyen la razón de la decisión (*ratio decidendi*) tienen el mismo grado de obligatoriedad que la parte resolutiva, en tanto que las demás consideraciones que no tengan un vínculo estrecho con la decisión constituyen motivaciones indicativas (*obiter dictum*)¹³⁹.

En relación con las sentencias de tutela, la Corte se permite extender sus efectos condicionando la interpretación que sostén el carácter obligatorio de las mismas solo para las partes (*efecto inter partes*). Así, indica que debe armonizarse la independencia judicial con el principio de igualdad, de modo que la jurisprudencia constitucional en la que se defina el contenido y alcance de los derechos fundamentales debe ser aplicada en casos similares, ya que de no hacerse con motivos suficientes y adecuados se vulneraría el principio de igualdad¹⁴⁰. Este

137 Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 1995 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

138 Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996 M. P.: Vladímiro Naranjo Mesa.

139 LÓPEZ MEDINA, *El derecho...*, óp. cit., p. 58.

140 “El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad”. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996 M. P.: Vladímiro Naranjo Mesa.

criterio se vería reforzado por la Sentencia T-175 de 1997 en la que se sostiene que la doctrina de las sentencias de tutela ostenta un “valor agregado de amplio espectro” el cual obliga en los términos del artículo 13 constitucional a dar “trato igual a situaciones iguales”¹⁴¹. Para LÓPEZ MEDINA esta sentencia constituye un “laboratorio de cultura jurídica” ya que la Corte revoca 244 providencias que no se atienen al *precedente* controlante y con ello se evidencia nuevamente el choque entre un sistema tradicionalista de fuentes y un sistema de precedentes, entre los jueces ordinarios y la Corte Constitucional¹⁴².

La evolución del sistema de precedentes siguió siendo ambivalente con respecto a las jurisdicciones ordinarias no solo por la distancia entre la forma de fallar tradicionalista, sino porque la Corte limitó el autoprecedente a las decisiones de constitucionalidad, con ello daba un carácter auxiliar al precedente de la jurisdicción común y justificaba tratos diferentes para casos similares con base en que las decisiones se adoptaban por salas o tribunales diferentes¹⁴³. Posteriormente, se evidenciaría una división entre las propias Altas Cortes, entre el tradicionalismo de fuentes y el sistema de precedentes, aquí prevalecería la fuerza vinculante de los fallos constitucionales. La Corte Constitucional ratifica su carácter de intérprete autorizada indicando que la *ratio decidendi* de los fallos también es obligatoria y no solo la parte resolutiva como lo venía entendiendo el Consejo de Estado¹⁴⁴ y el Consejo Superior de la Judicatura¹⁴⁵. La resistencia frente a la disciplina jurisprudencial afincada en el tradicionalismo de fuentes cede levemente ante los argumentos de la Corte Constitucional.

2.2.3. El hito que condensa el sistema de precedentes: la Sentencia C-836 de 2001

La providencia más importante que desarrolla el sistema de precedentes en Colombia retoma el debate sobre la vinculatoriedad del precedente tanto en la jurisdicción constitucional como en la jurisdicción ordinaria, mediante la revisión

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-175 de 1997 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Fundamento Jurídico n.º 2.

¹⁴² LÓPEZ MEDINA, *El Derecho...*, óp. cit., pp. 61-62.

¹⁴³ En efecto sostuvo que “dos funcionarios situados en la misma vértece de la estructura jerárquica de la administración de justicia, frente a casos iguales o similares pueden tener concepciones disímiles, hecho que se reflejará en las respectivas decisiones”. Corte Constitucional, Sentencia T-321 de 1998 M. P.: Alfredo Beltrán Sierra. Fundamento Jurídico n.º 3.8.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU- 640 de 1998 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-068 de 2000 M. P.: José-Gregorio Hernández Galindo.

del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que estipula: “Tres decisiones uniformes, dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

El nuevo significado de este precepto remarca la obligatoriedad del precedente como regla general y su desconocimiento como la excepción, de forma contraria a lo que sucedía en el debate del siglo XIX, antecedente con el que se abrió el presente apartado. Así, reinterpreta la noción de “doctrina probable” en un sentido en que juezas y jueces deben integrar y racionalizar el derecho y requieren cierto nivel de certeza empírica para adoptar sus decisiones, es decir, no se trata de la típica doctrina legal, sino que existe un grado razonable en el que juezas y jueces pueden argumentar una variación jurisprudencial: tres decisiones uniformes pueden no ser suficientes para alcanzar convicción sobre la realidad. También reinterpreta la noción “decisiones erróneas” para indicar que con ellas no se autoriza desechar, de plano la doctrina de las Altas Cortes sino, al contrario, fundamentar de forma explícita las razones del distanciamiento¹⁴⁶. En este modo, la obligatoriedad del *precedente* en la jurisdicción ordinaria es sustentada en la autoridad otorgada para unificar la doctrina, la obligación de juezas y jueces de materializar la igualdad, el principio de buena fe y confianza legítima en las autoridades, y el carácter decantado de la interpretación de la Corte Suprema sobre el ordenamiento jurídico¹⁴⁷.

Sin embargo, como señala LÓPEZ MEDINA, la Corte adopta un sistema de *precedentes* relativo en el que juezas y jueces en principio “están obligados[as] a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores”¹⁴⁸, lo que no implica un deber absoluto de obediencia sino la obligación de tener en cuenta los precedentes de forma expresa incluso para separarse de la línea jurisprudencial que en ellos se sostenga, eso sí, mediante motivos suficientes y razonables que así lo justifiquen. Esto último en términos del precedente vertical, es decir, de la relación entre jueces inferiores y Altas Cortes, impone una carga argumentativa mayor para los jueces inferiores: “la carga que se impone al funcionario judicial es aún más fuerte, que la impuesta cuando él decide modificar su propio criterio, pues los gobernados fundados en el principio de

¹⁴⁶ LÓPEZ MEDINA, *El derecho...*, óp. cit., pp. 80-83.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001 M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Fundamento Jurídico n.º 5.

¹⁴⁸ *Ibid.*, considerando 15.

confianza legítima en los órganos del Estado, esperan que su caso sea resuelto en la misma forma como lo ha hecho el tribunal supremo, en situaciones similares”¹⁴⁹.

No obstante lo cual juezas y jueces pueden apartarse de dichos criterios ante:

- Cambios de legislación que justifiquen cambios jurisprudenciales.
- Cambios sociales políticos o económicos que tengan injerencia directa en la manera en que se formularon los principios y reglas jurisprudenciales de manera que demanden una nueva ponderación para ajustarse a la realidad. En palabras de López Medina se trataría de cambios prospectivos comúnmente negados a los jueces inferiores en los sistemas anglosajones de *stare decisis*¹⁵⁰.
- Jurisprudencia contradictoria e imprecisa sobre un mismo punto de derecho, teniendo la obligación de explicitar la diversidad de criterios que impiden extractar el fundamento jurídico suficiente y razonable para adoptar la decisión¹⁵¹.

Por su parte, las Altas Cortes pueden variar el autoprecendente con una carga argumentativa menor sin que esto implique para ellas un sistema libre de jurisprudencia y tampoco la existencia necesaria de un cambio social, político o económico de gran envergadura sino:

- Cuando la doctrina no responda adecuadamente a un cambio social ocurrido con posterioridad.
- Cuando la jurisprudencia resulte contraria a los valores, derechos y principios del ordenamiento jurídico y su cambio se justifique para evitar las injusticias del pasado en forma explícita.
- En eventos de tránsito constitucional o legal¹⁵².

La fuerza vinculante de las decisiones judiciales concretada a partir de esta providencia empieza a ser exigida en eventos posteriores como regla que da vida al sistema de precedentes en todas las jurisdicciones¹⁵³. De esta forma, tanto

149 Corte Constitucional, sentencia T-321 de 1998 M. P.: Alfredo Beltrán Sierra. Fundamento Jurídico n.º 3.9.

150 López Medina, El derecho de los jueces, p. 87.

151 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001 M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Fundamentos jurídicos 17 a 20.

152 *Ibid.*, Fundamento Jurídico n.º 21.

153 Puede verse como ejemplo las Sentencias T-1130 de 2003 M. P.: Jaime Córdoba Triviño y la T-442 de 2005 M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

en la jurisdicción constitucional como en la jurisdicción ordinaria la teoría del precedente adquiere un gran peso y la Corte Constitucional la adopta con relativa homogeneidad entre sus magistrados¹⁵⁴.

2.2.4. El control excepcional: la doctrina del derecho viviente

Como hemos visto el peso de los *precedentes* en Colombia se presenta *prima facie* como obligatorio, las especificaciones que realiza sobre las normas y la determinación de su significado y alcance tiene fuerza vinculante. No se puede negar que juezas y jueces crean normas jurídicas tanto en los casos particulares que conocen como en la revisión de legalidad y constitucionalidad de las normas. Sin embargo, desde 2000 y 2001 este peso de los *precedentes* viene a cuestionarse tanto como a fortalecerse a partir de la doctrina del derecho viviente.

Se cuestiona el hecho de que las decisiones judiciales deban ser controladas para que no sean arbitrarias o degeneren en cambios bruscos, al tiempo, se fortalece en tanto su consideración es útil para fijar el sentido de las disposiciones, así como el uso que de ellas han realizado operadores(as) jurídicos(as). En términos amplios “se podría entender como tal el derecho que los jueces en sus decisiones han aportado a la interpretación, desarrollo y actualización de la ley en abstracto”¹⁵⁵. Sin embargo, de lo que se trata es de un sentido restringido según el cual es posible examinar la constitucionalidad de las interpretaciones judiciales efectivas realizadas y aplicadas por juezas y jueces a la realidad, sin que estas necesariamente constituyan un parámetro al que deba la constitucionalidad de las normas¹⁵⁶.

Así afirmó la Corte Constitucional: “observar el derecho viviente en las providencias judiciales es necesario para evaluar si el sentido de una norma que el juez constitucional considera el más plausible, es realmente el que se acoge o patrocina en las instancias judiciales. Por ello, atender el derecho vivo es una garantía de que la norma sometida a su control realmente tiene el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye”¹⁵⁷. Empero, se trata de un control excepcional que necesita reunir una serie de requisitos para poder operar sobre el derecho viviente:

¹⁵⁴ SKINNER VÁSQUEZ, Marco Aurelio. *Historia del precedente judicial en Colombia*. La Bastilla, Bucaramanga, 2011, p. 69.

¹⁵⁵ MÁRQUEZ VÁZQUEZ, Clara Inés. “Consideraciones sobre «el derecho viviente»”. En *Elementos de juicio. Revista de temas constitucionales*. UNAM, n.º 1, marzo, 2006, p. 102.

¹⁵⁶ LÓPEZ MEDINA, El derecho..., óp. cit., p. 131.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2001 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Fundamento Jurídico n.º 5.2.2.

“Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido, sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma”¹⁵⁸.

Esta doctrina sería aplicada para declarar que la doctrina de los motivos y finalidades desarrollada por el Consejo de Estado para interpretar la posibilidad de interponer acciones de simple nulidad contra actos administrativos individuales era contraria a la Constitución, sin que se reviviera necesariamente la posibilidad de reclamar el restablecimiento del derecho¹⁵⁹. Posteriormente se aclararía que la doctrina del derecho viviente no implica que se deje de reconocer “la autonomía de los jueces para determinar el alcance de las disposiciones legales, y por ello [el juez constitucional] acoja su interpretación, si *esta* tiene una orientación dominante y consolidada, como entendimiento viviente del texto acusado, y otra muy distinta que el juez constitucional abdique de su función de controlar la constitucionalidad de ese texto”¹⁶⁰.

La evolución de esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte permite afirmar que se trata de un control excepcional que se ejerce sobre interpretaciones judiciales consolidadas y uniformes y no frente a simples hipótesis sobre el sentido de las normas¹⁶¹. Un último ejemplo que vale la pena mencionar es el del régimen de pensiones para Congresistas, Magistrados de las Altas Cortes y otros

158 *Ibid.*, Fundamento Jurídico n.º 5.2.3.

159 Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 2002 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

160 Corte Constitucional, Sentencia T-836 de 2004 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Aclaración de voto del Magistrado (e) Rodrigo Uprimny Yépes, Fundamento Jurídico n.º 5, y Sentencia C-569 de 2004 M. P.: Rodrigo Uprimny Yépes. Fundamento Jurídico n.º 20.

161 Corte Constitucional, Sentencia C-842 de 2010 Magistrado Sustanciador: Mauricio González Cuervo; Sentencia T-248 de 2008 M. P.: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-1294 de 2001 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, Aclaración de voto de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

altos funcionarios, en el que la Corte Constitucional estableció que el alcance de algunas expresiones del artículo 17 de la Ley 4^a de 1992 había evolucionado en forma contraria a la Constitución¹⁶².

En efecto, allí la Corte interpretó el contenido del artículo 17 a la luz del derecho viviente y estableció su alcance en los siguientes términos:

“(...)el artículo 17 de la Ley 4^a de 1992, a la luz del derecho viviente, se ha configurado de conformidad con los siguientes aspectos: (i) son **beneficiarios** del régimen especial de Congresistas y Magistrados, en virtud del régimen de transición, no solo aquellos que al 1^o de abril de 1994, momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, ostentaban tal calidad, sino también aquellos que adquirieron con posterioridad tal dignidad (claro está con la condición que también se encontraran en el régimen general de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993), (ii) el **ingreso base de liquidación** aplicable es lo devengado durante el último año por todo concepto, y no los diez últimos años como lo consagraba el régimen general dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (iii) a pesar de que la Sentencia C-608 delimitó el alcance de los factores de liquidación, algunas autoridades judiciales continuaron tomando como referencia todos los rubros recibidos por los Congresistas, sin tener en consideración ni su carácter remunerativo del servicio, ni lo referido a lo recibido específicamente por cada beneficiario del régimen, (iv) en la actualidad las mesadas pensionales no se encuentran sujetas a un **tope** y (v) su **incremento anual** se hace de conformidad con el aumento del salario mínimo, y no como lo señala el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993”¹⁶³.

Así comprendido el significado y alcance de la norma, en el examen de constitucionalidad la Corte advirtió que un régimen especial no se opone a la Constitución, no obstante, las implicaciones del precepto sí rayaban con el principio de igualdad y contrastaban con la situación de la seguridad social en Colombia, siendo beneficios excesivos y desproporcionados los montos en comparación con lo que el Estado destinaba para las pensiones más bajas. En esa dirección esgrime cuatro razones principales para declarar inexequibles algunas expresiones y condicionar el entendimiento de otras en el artículo 17: extiende un tratamiento diferenciado a un grupo de personas que no tenían expectativa amparable desconociendo el principio de igualdad; el precepto contiene un tratamiento diferenciado favorable para un

162 Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2013 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

163 *Ibid.*, Fundamento Jurídico n.^o 4.1.4.4. Negritas en el original.

grupo que ya está en mejores condiciones incrementando la brecha respecto a la pensión promedio; vulnera el principio de solidaridad al otorgar pensiones altas a personas cuya cotización no tiene relación de correspondencia con su pensión, impidiendo que los recursos se destinen a la población más vulnerable; y, contraria los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia además de ser un obstáculo para la ampliación progresiva del sistema de seguridad social¹⁶⁴.

En fin, puede sintetizarse que la doctrina del derecho viviente tiene una aplicación restringida para revisar la constitucionalidad de las interpretaciones judiciales consolidadas cuando vulneran la Constitución, empero, a su vez, dicha doctrina permite confirmar el papel de la jurisprudencia como fuente jurídica y el importante lugar que ocupa en el sistema de fuentes.

2.3. RESUMEN ESQUEMÁTICO

<i>El lugar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes</i>
Según la tradición liberal-legalista importada de Francia y España de principios del siglo XIX los jueces no producen normas jurídicas solo las aplican. Los cuerpos legislativos son los encargados de la creación normativa. Esta creación da como resultado un sistema jurídico pleno y coherente.
En el siglo XX juezas y jueces han adquirido un papel protagónico innegable en la sociedad, desempeñándose no solo como “legislador negativo” sino como integrador del ordenamiento jurídico ante contradicciones, lagunas e inconsistencias.
La jurisprudencia se ha convertido en una fuente jurídica si se comprende en términos generales como las normas creadas por juezas y jueces en sus providencias. Por esa razón debe ser objeto de control y predicción para salvaguardar la seguridad jurídica.
Los argumentos en que se basa la tesis de que la jurisprudencia no es fuente jurídica por la falta de legitimidad de los jueces, la ausencia de generalidad y abstracción de las normas de origen judicial y los cambios en la jurisprudencia, dejan de lado el rol integrador de la labor judicial y su contribución a la seguridad jurídica.
Más allá de la discusión conceptual sobre si la jurisprudencia es un hecho o un acto jurídico debe admitirse que los jueces producen normas jurídicas y desempeñan una función sistémica que puede concretarse en un <i>precedente</i> .

164 *Ibid.*, Fundamentos Jurídicos n.º 4.3.5.

Puede entenderse por jurisprudencia la doctrina general creada por juezas y jueces en diversos ámbitos del derecho. En ese sentido general se habla de su obligatoriedad.

Puede hablarse de un significado operativo de los *precedentes* como aquellas interpretaciones que tienen fuerza vinculante y que se contraen a la especificación del significado y alcance de las disposiciones jurídicas, es decir, al establecimiento de las normas jurídicas.

Sobre un caso práctico o un punto determinado de derecho pueden presentarse diversas interpretaciones legítimas, estas pueden reiterarse, ampliarse o restringirse generando *líneas decisionales* o *jurisprudenciales*. Estas tendencias deben ser interpretadas por juezas y jueces a la hora de adoptar sus decisiones para identificar el *precedente*.

En Colombia, el reconocimiento paulatino de la jurisprudencia como fuente de derecho y de los *precedentes* como obligatorios ha tenido tres períodos desde la Constitución de 1991: consideración incipiente de la jurisprudencia, valoración del precedente en términos sistémicos y consolidación de un sistema de *precedentes*.

Juezas y jueces pueden apartarse de los *precedentes* con una carga argumentativa mayor cuando existan: a) Cambios de legislación que justifiquen cambios jurisprudenciales; b) cambios sociales políticos o económicos que tengan injerencia directa en la manera en que se formularon los principios y reglas jurisprudenciales; y c) Jurisprudencia contradictoria e imprecisa sobre un mismo punto de derecho.

Las Altas Cortes pueden variar el autoprecedente con una carga argumentativa menor cuando: a) la doctrina no responda adecuadamente a un cambio social ocurrido con posterioridad; b) la jurisprudencia resulte contraria a los valores, derechos y principios del ordenamiento jurídico y su cambio se justifique para evitar las injusticias del pasado en forma explícita; y c) en eventos de tránsito constitucional o legal.

El control excepcional a las interpretaciones que efectivamente aplican juezas y jueces puede hacerse excepcionalmente por vía de constitucionalidad, ello se explica mediante la doctrina del derecho viviente, según la cual las interpretaciones en sí mismas no constituyen un parámetro de constitucionalidad pero su evolución sí puede infringir la Constitución.

2.4. UN EJEMPLO ILUSTRATIVO: LA CORTE DE ORO 1936-1940

Entre 1936 y 1940 la Corte Suprema de Justicia desempeñó un importante papel en la interpretación de las disposiciones jurídicas y la creación de verdaderas normas jurídicas. Las doctrinas puestas en obra por la Corte Suprema de Justicia le valieron el título de “Corte de Oro”, pues además de la crítica antiformalista logró una aplicación generalizada de sus pronunciamientos que no tenía antecedentes en la historia colombiana.

Algunas de dichas doctrinas de creación jurisprudencial siguen vigentes aunque no se desprendan del tenor literal de las disposiciones normativas sino, precisamente, porque se convirtieron en normas mediante la interpretación realizada por la Corte Suprema. Principios generales del derecho que servirían de criterio interpretativo y harían parte de los precedentes a aplicar pueden encontrarse en la teoría de la buena fe exenta de culpa, el enriquecimiento sin causa o la teoría de la imprevisión en los contratos.

En ese sentido puede tenerse en cuenta la adaptación a sociedades conyugales anteriores a la Ley 28 de 1932, del régimen patrimonial establecido por esta, conservando la igualdad de la esposa frente al esposo en términos patrimoniales¹⁶⁵. Igualmente, el esfuerzo por promover interpretaciones finalistas del derecho con respecto a la doctrina del abuso del derecho, doctrina que en la actualidad tiene indudable vigencia¹⁶⁶.

También puede mencionarse como ejemplos los desarrollos jurisprudenciales de la Corte de Oro respecto a la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas. En cada una de ellas la Corte precisó el significado y alcance de las disposiciones del Código Civil y propició la creación de líneas jurisprudenciales en relación con el tema de la causa del contrato, las cuales se extienden hasta el día de hoy¹⁶⁷. Como señala BERNAL PULIDO: “Aun

165 DUARTE y FIGUEROA, óp. cit.

166 BATISTA PEREIRA, Eliécer y CORAL LUCERO, James Iván. “La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia”. En *Criterio Jurídico*, Vol. 10, Núm. 1, Santiago de Cali, 2010, p. 87.

167 PADILLA, Jorge; RUEDA, Natalia y ZAFRA SIERRA, Málory. “Labor creadora de la jurisprudencia de la «Corte de Oro». Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas”. En *Revista de Derecho Privado*, Núm. 16, enero-junio, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 105-156.

cuando estos conceptos no adquirieron un reconocimiento legal, fueron aplicados por los jueces civiles para resolver casos futuros”¹⁶⁸.

En fin, la referencia histórica al papel de la Corte Suprema de Justicia entre 1936 permite ejemplificar la manera en que los precedentes judiciales han servido de fuente jurídica, pues muchos de sus pronunciamientos sentaron precedentes o abrieron líneas jurisprudenciales que tendrían desarrollos posteriores¹⁶⁹. Ello a pesar de que se creyera en la primacía de la ley y se desestimara el poder judicial de interpretarla.

<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
	Ejercicios de análisis

2.5. LA IGNORANCIA DE LAS LEYES NO SIRVE DE EXCUSA

“CÓDIGO CIVIL

(Abril 15 de 1887)

Artículo 1509. El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”.

2.5.1. La historia

“(...) un deudor, que se había obligado a pagar una suma de dinero en plata, se obligó más adelante a pagar el saldo en oro con la respectiva conversión de la moneda. Posteriormente, cuando el acreedor se vio obligado a proceder judicialmente para exigir el cumplimiento coactivo de la deuda, el deudor alegó que la obligación contraída en oro era nula en virtud de un error que se había cometido en la conversión. Dicha equivocación se cometió por haber tomado, por ignorancia de los pormenores de la ley, un tipo de cambio que resultaba ser desfavorable y que no coincidía con el que había establecido la ley para conversiones entre particulares”¹⁷⁰.

168 BERNAL PULIDO, *El precedente...*, op. cit., p. 177.

169 Para una cita completa de estas decisiones, véase TAFUR MORALES, F. *Nueva Jurisprudencia de la Corte*. Segunda Edición, Óptima, Bogotá, 1939. Citado por BERNAL PULIDO, ibid.; Nota. 6.

170 *Ibid.*, p. 128.

2.5.2. La primera instancia

En la primera instancia el caso se resuelve en favor del deudor, el argumento principal es que se ha incurrido en un error de derecho que sí vicia el consentimiento en la medida en que vulnera en el caso del deudor la autonomía privada de la voluntad y la libertad contractual que gozan de garantía constitucional, pues el motivo o causa del negocio no consistía en pagar una deuda a un tipo de cambio que excedía el valor de la misma, sino simple y llanamente cumplir con la obligación en plata.

2.5.3. Los argumentos de las partes

La parte demandante sostiene que el juez no puede tomar esa decisión porque se encuentra atado al imperio de la ley según el artículo 230 de la Constitución. A su vez, el artículo 9 del Código Civil señala expresamente que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. En sustento de ello cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1978 que revisó la constitucionalidad del artículo 9 del Código Civil:

“La Corte cree (...) que la disposición acusada, la consecuencia lógica y el instrumento indispensable para asegurar el cumplimiento de la ley y, más aún, es el corolario forzoso de la obligación política de los gobernados de vivir sujetos al orden jurídico, expresada en el artículo 10 de la Constitución, este “Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer las autoridades”.

Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora, equivale a establecer un privilegio a su favor, violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico”¹⁷¹.

Para el accionante carece de sentido que el sometimiento general a la ley esté por debajo de un presunto error de derecho, el cual no excusa al demandado de conocer la ley y mucho menos a la hora de manifestar su voluntad en un sentido vinculante. Y no tiene sentido porque contradice la seguridad jurídica necesaria para que las personas confíen en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico, siendo la norma clara, su significado no puede variarse arbitrariamente. Por consiguiente, no puede afirmarse que se encuentre viciado el consentimiento cuando la misma ley señala que ello no puede ocurrir en el artículo 1509 del Código Civil.

¹⁷¹Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de marzo 30 de 1978, M. P.: Luis Carlos Sáchica. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_3003_1978.html (Consultada el 24 de julio de 2014).

La parte demandada basa su argumentación en una sentencia de 1935 de la Corte Suprema de Justicia según la cual es posible que el error de derecho vicié el consentimiento, en ella se señala ante hechos similares:

“Existen cuatro requisitos sin los cuales no es posible que una persona se obligué para con otra en virtud de un contrato: justa causa y real, objeto lícito, capacidad legal y consentimiento sin vicio [...]. De ahí que el artículo 1509 del Código Civil, según el cual no vicia el consentimiento un error de derecho, sea prescripción cuyo alcance no llega hasta considerar válido lo que carece de cualquiera de los otros requisitos indispensables para que surja el contrato [...]. Si el error sobre un punto de derecho, por no viciar el consentimiento, diera eficacia a los contratos, bastaría ignorar la ley, o interpretarla erróneamente, para sanear actos de incapaces y para reconocer validez a contratos sin objeto lícito, sin causa, con falsa causa o con causa inmoral”¹⁷².

Y más adelante concluye que:

“en Colombia es absolutamente nula y aun inexistente, la obligación contraída sin más fundamento que un error de derecho, porque este no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurren también una capacidad legal, un objeto lícito y una causa jurídica distinta del error mismo”¹⁷³.

2.5.4. Las preguntas para la segunda instancia

El ejercicio se puede desarrollar en forma individual o en forma grupal, debe tener en cuenta los argumentos de la primera instancia y los alegatos de las partes. Usted(es) debe(n) adoptar una decisión en segunda instancia, resuelva(n) y explique(n) cada una de las siguientes cuestiones:

1. ¿Cuál es el problema o los problemas jurídicos que deben resolver?
2. ¿Con base en qué parámetros juzaría la legitimidad o ilegitimidad de los argumentos esgrimidos en primera instancia para adoptar la decisión?
3. ¿Es vinculante la sentencia citada por la parte demandada en la medida en que resolvió un caso similar?
4. ¿Qué materiales jurídicos tendría(n) en cuenta para sustentar su decisión?

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 29 de septiembre de 1935, M. P.: Miguel Moreno Jaramillo, XLIII, pp. 129-141. Citado en PADILLA, *Labor...*, óp. cit.

¹⁷³ *Ibid.*

5. ¿Qué opinión le(s) merece el siguiente enunciado: “Los jueces están obligados a concretar el significado y alcance de la ley aún contra las palabras de la ley, pues las normas jurídicas solo adquieren tal condición después de ser interpretadas”?

2.6. EJERCICIO DE RELACIÓN.

Relacione mediante una flecha, las afirmaciones que se presentan en la columna A con los títulos correspondientes de la columna B:

<i>Columna A</i>	<i>Columna B</i>
• Los jueces solamente son la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.	Excepcionalidad del derecho viviente.
• Aplicar la ley en casos similares de forma uniforme para que las normas jurídicas sean predecibles.	Cláusula Angarita.
• La caída de un árbol sobre una persona es una fuente jurídica.	C-836 de 2001.
• La Corte de Oro apoyó la república liberal mediante sus providencias progresistas.	Montesquieu.
• Subregla reiterada que capta el sentido normativo del sistema jurídico en un caso particular.	Seguridad jurídica.
• Aplicar el derecho es una actividad silogística que consiste en derivar de la norma superior una norma inferior en la que se subsume el caso.	
• En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, (...), la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá CARÁCTER OBLIGATORIO para las autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991.	Tradición liberal y legalista de principios del siglo XIX.

<i>Columna A</i>		<i>Columna B</i>
• El precedente es obligatorio en todas las jurisdicciones y no solo en el ámbito constitucional.		Precedente judicial.
• Buena fe y confianza legítima en las decisiones judiciales.		Fuente jurídica como acto.
• Retirar del ordenamiento jurídico interpretaciones judiciales efectivas realizadas y aplicadas que evolucionan contra la Constitución.		Fuente jurídica como hecho.

<i>ae</i>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>2.7. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria desde el 15 de abril de 1887</p> <p>“CÓDIGO CIVIL</p> <p>(Abril 15 de 1887)</p> <p>Artículo 17. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas.</p> <p>Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.</p> <p>2.7.1. Los cargos por inconstitucionalidad</p> <p>El artículo 17 del Código Civil es demandado con base en los siguientes cargos:</p> <p>Las reglas demandadas hacen posible que los jueces desatiendan el precedente vertical de carácter obligatorio en todas las jurisdicciones según lo estableció la Sentencia C- 836 de 2001. De esta manera se legitimaría a los jueces para apartarse del precedente sin argumentar de forma suficiente y razonable.</p>
-----------	--

de

Vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13 C. P.) porque faculta a los jueces a separarse de las decisiones anteriores que han tomado sin justificación y aun cuando las decisiones precedentes se refirieran a casos similares, los cuales deberían recibir el mismo trato.

Contraría el debido proceso (Art. 29 C. P.) porque siendo la interpretación de las Altas Cortes auténtica, autorizada y directa de la Constitución y la ley, esta resulta de obligatoria aplicación a casos similares.

Atenta contra la prevalencia del derecho sustancial (Art. 228 C. P.) pues juezas y jueces precisamente clarifican el sentido de los derechos y a este mismo sentido es al que deben sujetarse en vez de apartarse de forma arbitraria como quedarian facultados según el precepto demandado.

Quebranta el artículo 230 de la Constitución, el cual señala que juezas y jueces están sometidos(as) al imperio de la ley, lo que significa que están sujetos(as) al ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo los precedentes sentados por las Altas Cortes e incluso las decisiones anteriores adoptadas por juezas y jueces en casos similares.

El precepto demandado al prohibir que juezas y jueces acudan al precedente, impide que la Corte Constitucional cumpla su función de guarda y garantía de la Constitución (Art. 241 C. P.), porque si juezas y jueces no acatan sus decisiones dicha función se desvanece.

2.7.2. Un ejercicio en doble vía

El presente ejercicio pretende incentivar la producción de argumentos jurídicos sobre el precedente como fuente jurídica, puede desarrollarse en forma individual o grupal. Usted(es) representa(n) a la Corte Constitucional y debe(n) adoptar una decisión sobre la norma demandada, usando los argumentos vistos en la presente unidad. Desarrolle su argumentación con base en los siguientes tres pasos:

Paso 1: Desarrolle con dos o tres párrafos adicionales cada uno de los cargos de inconstitucionalidad con el objetivo de reforzarlos y coadyuvar en la demanda.

Paso 2: Incluya uno o dos cargos de inconstitucionalidad adicionales que usted(es) considere(n) contribuyen a vigorizar la demanda.

Paso 3: Plantee argumentos jurídicos que contradigan los cargos de inconstitucionalidad.

Paso 4: Adicione argumentos jurídicos que contrarién el sentido de la demanda.

Paso 5: Tome una decisión sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

ae



Unidad 3

LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Mostrar el debate sobre la fuerza vinculante del precedente judicial y los argumentos que lo soportan en el ámbito colombiano como un razonamiento jurídico con autoridad.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <p>Indicar los argumentos constitucionales que soportan la obligatoriedad relativa del precedente judicial.</p> <p>Mostrar la pertinencia de considerar el precedente como una autoridad basada en el razonamiento jurídico que permite razonablemente apartarse de su obligatoriedad.</p>

Para iniciar este apartado conviene precisar el significado del *precedente judicial* acudiendo a las palabras de la Corte Constitucional, con estos elementos previos se intentará reflexionar sobre un ejercicio de ficción legal en el que se pongan a operar. Luego, se presenta un abanico de fundamentos sobre la fuerza vinculante del precedente: la seguridad jurídica, la libertad ciudadana y el desarrollo económico, el principio de igualdad, el control de la actividad judicial y la unificación jurisprudencial como consagración legal de la fuerza vinculante. Después se ofrece un análisis sobre el precedente como razonamiento jurídico y al final, en clave de la autonomía e independencia judicial, se exponen las razones suficientes y adecuadas para apartarse del precedente.

El precedente judicial hace referencia a:

“aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un

problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.

En ese sentido, lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la *ratio decidendi* de esa sentencia previa, —o de varias si es del caso—, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico.

Es decir, la *ratio decidendi* de una providencia, puede ser un *precedente* de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una autoridad determinada. Esta relación entonces, entre una y otra figura, es lo que ha favorecido que se usen comúnmente los dos conceptos como semejantes, *ratio decidendi* y precedente. Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su *ratio decidendi*. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencia(s) pertinente(s)¹⁷⁴.

El *precedente judicial* es vinculante *prima facie* para juezas y jueces a la hora de abordar casos cuyos hechos sean similares a otros fallados con anterioridad, pues en principio resulta adecuado exigir que se respete el principio de igualdad y en consecuencia las sentencias se basen en las mismas razones para decidir. Pero esta no es una exigencia que solo deviene de los *precedentes* verticales, es decir, aquellos fijados por las Altas Cortes, pues a pesar de la autoridad que ostentan estas corporaciones para unificar la jurisprudencia, es posible disentir con base en argumentos suficientes y adecuados por parte de juezas y jueces, lo cual implica una mayor carga de argumentación. También es exigible el *precedente horizontal*, es decir, la consistencia en las decisiones de la misma corporación que lo generó o de otra de igual jerarquía con sus propias decisiones previas¹⁷⁵. Estas consideraciones concretan el alcance de la fuerza vinculante del *precedente*, salvaguardan la seguridad jurídica que permite una predecibilidad relativa de las decisiones judiciales y la autonomía judicial que permite el disentimiento o apartamiento de las decisiones.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Fundamento Jurídico n.º II. D. f.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-014 de 2009 M. P.: Nilson Pinilla Pinilla Fundamento Jurídico n.º 2.3.

En ese orden de ideas, el carácter sistémico del *precedente judicial* permite afirmar que su conformación no se ha dado históricamente en la forma en que se estipuló en las disposiciones de finales del siglo XIX, es decir, mediante “tres decisiones uniformes”, en algunos casos ha bastado con una sola decisión¹⁷⁶. Ilustremos lo relatado hasta aquí con el siguiente ejemplo.

3.1. EL PRECEDENTE: ¿FUENTE AUXILIAR O FUENTE OBLIGATORIA?

El debate sobre el *precedente judicial* ha oscilado entre la defensa de su carácter auxiliar como pauta o criterio de interpretación que no es obligatorio seguir para juezas y jueces o como fuente de obligatoria observancia para adoptar las decisiones judiciales. La tesis del *precedente* como fuente auxiliar se basa en la interpretación exegética y literalista de preceptos como el Código Civil, las leyes de finales del siglo XIX y el artículo 230 de la Constitución de 1991. Por otro lado, la tesis de la obligatoriedad del *precedente* desarrollada principalmente por la Corte Constitucional y seguida por las demás Altas Cortes en Colombia cuenta con un abanico de argumentos de carácter constitucional según los cuales es imperioso reconocer su fuerza vinculante. Con todo, la fuerza vinculante de los precedentes no se ejerce de manera absoluta sobre todos los casos, ya que, siendo la adopción de decisiones judiciales un proceso dialéctico y argumental, se mantiene la posibilidad de disentir razonablemente con respecto a los precedentes e intentar su modificación.

Esta vinculatoriedad relativa de los precedentes es el resultado del decantamiento del propio sistema jurídico y la valorización del rol de juezas y jueces en la sociedad, de modo que toma distancia con respecto a tesis radicales como la auxiliariedad y la obligatoriedad absolutas. Los argumentos que se encuentran en medio de los dos extremos hacen relación a las prácticas judiciales y a la Constitución de 1991, es decir, al desarrollo de la doctrina de los *precedentes* en las Altas Cortes y a su consolidación como presupuesto del Estado Social de Derecho.

Como se vio en la unidad anterior, incluso se presentó la jurisprudencia como fuente “auxiliar obligatoria” para darle mayor peso en el sistema de fuentes. De lo que se ha tratado es de aceptar la fuerza vinculante del *precedente*, es decir, su obligatoriedad relativa en tanto subsiste la posibilidad de apartarse de él. En

¹⁷⁶ BASTIDAS de RAMÍREZ, Raquel. *El precedente judicial*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, p. 61.

efecto, “no tendrá utilidad alguna y más bien constituiría una hermosa fantasía si el criterio o interpretación que se aplicó en casos anteriores para implementar una solución en derecho no se acompaña del elemento obligacional que lleve al operador jurídico a acatar con idéntico sentido para el caso actual el mismo criterio de interpretación o normativo”¹⁷⁷. Pues no tendría sentido que se establezca una subregla en el marco de un caso práctico, la cual delimita y enmarca el significado de las normas jurídicas, y no se aplique en forma uniforme a casos similares como esperarían los administrados.

A pesar de que la jurisprudencia en Colombia se haya decantado por este concepto relativo de la fuerza vinculante del *precedente*, subsisten todavía dudas sobre la justificación de su acatamiento: ¿Por qué debe acatarse el precedente judicial? En el mismo sentido subsisten dudas sobre dicha relatividad que se quiere adjudicar al *precedente*? ¿Cuándo se puede dejar de acatar el precedente o apartarse de él? En el siguiente apartado profundizaremos sobre los argumentos que justifican el seguimiento de los *precedentes* como el disentimiento respecto a los mismos. Para ello se tendrá en cuenta los desarrollos legislativos recientes sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia, particularmente en materia de unificación jurisprudencial.

3.2. UN ABANICO DE FUNDAMENTOS DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Reconocida la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho y la obligatoriedad relativa del precedente judicial en la evolución normativa e interpretativa de la Corte Constitucional, es necesario detenerse en la siguiente pregunta: ¿Por qué razones jueces y juezas, especialmente las Altas Cortes, deben fallar en forma consistente con sus decisiones previas? Dicho de otro modo, ¿Qué argumentos constitucionales justifican la obediencia *prima facie* del *precedente judicial*? Resolver con concreción esta cuestión permite avanzar en la comprensión de su grado de obligatoriedad así como de los argumentos legítimos e ilegítimos para apartarse del *precedente*.

En 1999 la Corte Constitucional señaló algunas razones adecuadas para solucionar dicho problema: primera, “elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable,

¹⁷⁷ AGUILAR ÁNGEL, Álvaro. “El precedente Judicial”. En *Memorando de Derecho*, n.º 2, Universidad Libre Seccional Pereira, 2011, p. 153.

por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles”; segunda, la protección de la libertad ciudadana y el desarrollo económico; tercera, “en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez”; y por último, “como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos”¹⁷⁸.

Estas razones se encuentran estrechamente vinculadas entre sí en la medida en que coadyuvan al principio de Estado social de derecho y la vigencia de un orden justo. Es decir, otorgan al precedente un carácter sistemático en tanto este permite la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico sin prescindir del pasado, pero permitiendo transformaciones aceptables del mismo, así como estabilizando su evolución¹⁷⁹. En lo que sigue se analiza brevemente cada uno de dichos argumentos.

3.2.1. Seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento jurídico

El primer argumento que justifica el seguimiento de los *precedentes* es la seguridad jurídica, cuyos elementos esenciales pueden describirse como la certeza jurídica, la eficacia jurídica y la ausencia de arbitrariedad. La certeza hace relación a saber qué pertenece al ordenamiento y qué normas orientan las conductas a seguir y proyectan los modos de acción de los individuos. Conocer de antemano lo prohibido y lo permitido otorga confianza en el ordenamiento jurídico y posibilita el seguimiento o existencia empírica de las normas. Finalmente, la ausencia de arbitrariedad garantiza que las actuaciones autorizadas van a ser confiables y respetadas: “Podría admitirse que, mientras que la certeza y la eficacia son la seguridad jurídica de la norma, la ausencia de arbitrariedad es la del acto (de producción, interpretación o aplicación)”¹⁸⁰.

En términos del razonamiento jurídico, la seguridad jurídica implica la necesidad de tomar una decisión con autoridad que ponga fin al debate¹⁸¹. Como

¹⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999 M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico n.º 43.

¹⁷⁹ MIELES GONZÁLEZ, Fabián Ernesto. *El sistema de derecho judicial. Una lectura sociológica*. Trabajo de Grado para optar por el título de Magíster en Derecho. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 108-109.

¹⁸⁰ GARRIDO GÓMEZ, La predecibilidad..., óp. cit., p. 63.

¹⁸¹ MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Marcial Pons. Madrid, 2002, p. 56.

se verá en el siguiente apartado, el seguimiento de los *precedentes* no se realiza por el simple hecho de la autoridad o el prestigio de la Corte que los profiere, sino porque representan razones viables para resolver los casos concretos. Como argumentos jurídicos los precedentes deben ser evaluados en forma racional y razonable en aras de considerar su adecuación y legitimidad. En un Estado Social de Derecho la seguridad jurídica adquiere un papel importante en la dimensión de la protección de los derechos fundamentales¹⁸².

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones:

“Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado”¹⁸³.

3.2.2. Libertad ciudadana y desarrollo económico

El respeto de los *precedentes* se sustenta en que las normas jurídicas relativamente estables constituyen un presupuesto esencial para el ejercicio de la libertad. Cuando las normas jurídicas no son relativamente regulares o son del todo arbitrarias los y las ciudadanas no pueden emprender relaciones durables que

182 GALLEGOS MARÍN, Carlos Arturo. “El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social”. *En Jurídicas*, Vol. 9, n.º 2, Universidad de Caldas, 2012, pp. 70-90.

183 Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011 M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Fundamento Jurídico n.º 11.3.

concreten sus expectativas, realizar transacciones sabiendo lo que se encuentra dentro de su órbita de acción o proyectar planes colectivos¹⁸⁴.

Es necesario entonces la existencia de cierto orden público que garantice la seguridad personal y la obediencia al derecho, ello puede ser garantizado mediante decisiones judiciales que sean relativamente predecibles y no arbitrarias, es decir, que garanticen la estabilidad de los derechos, de lo permitido y de lo prohibido sin variaciones abruptas. Ciudadanos y ciudadanas no podrían orientar su comportamiento si este pendiera de decisiones aleatorias que no son consistentes con las decisiones anteriores o se sustentan en la mera voluntad de los o las juzgadoras. Adicionalmente, el respeto de los *precedentes* ayuda al desarrollo económico en la medida en que otorga certeza a los movimientos y negocios, y sobre todo, defiende las libertades individuales, pues en el sentido clásico de la tradición liberal el Estado no puede abandonar su función de proteger los derechos individuales y administrar el uso de la fuerza¹⁸⁵.

3.2.3. Respeto del principio de igualdad

Desde la óptica de la filosofía del derecho puede decirse que el seguimiento del precedente encontraría fundamento en el argumento pragmático y el argumento de justicia formal:

“Según el primero, la razón para seguir los precedentes se encuentra en los beneficios que con ello se obtienen: la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales, entre otros. Según el argumento de justicia formal, la razón para seguir los precedentes es el principio de igualdad, es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante. La igualdad como principio moral básico incluye no solo a los iguales en un momento contemporáneo, sino a los que nos precedieron y a los que nos seguirán en el tiempo”¹⁸⁶.

184 GARRIDO GÓMEZ, *La predecibilidad...*, óp. cit., p. 60.

185 Aunque existe ciertamente una tensión entre el derecho y la economía en torno a la función que juezas y jueces deben desempeñar. Véase QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia. “La seguridad jurídica: entre la tradición y la renovación del derecho”. En *Precedente*, ICESI, 2001, pp. 135-149.

186 MORAL SORIANO, óp. cit., pp. 128-129.

Esta perspectiva ha sido retomada en numerosas jurisprudencias de tutela por parte de la Corte Constitucional al sostener que el principio de igualdad obliga no solo en términos formales, sino también en términos de la aplicación de la ley: “De allí que, sentencias contradictorias de las autoridades judiciales en circunstancias en que aparentemente debería darse un trato igualitario, generan indefinición en elementos del ordenamiento y favorecen la contradicción o el desconocimiento del derecho a la igualdad de los asociados”¹⁸⁷. Al señalar que el principio de igualdad implica atribuir iguales consecuencias jurídicas a iguales supuestos de hecho¹⁸⁸, pues, como señala BERNAL PULIDO: “si existe identidad en las condiciones fácticas y el juez no aplica la *ratio decidendi* de una o varias sentencias anteriores que conforman una misma línea jurisprudencial, se vulnera el principio de igualdad”¹⁸⁹.

Evidentemente, adoptar una decisión que no vulnere este principio pero que se aparte del *precedente* implica un ejercicio valorativo y argumentativo que no coincide simplemente con reiterar la sentencia del superior jerárquico: “(...) su justificación por la vía de la igualdad incide en la racionalidad de la argumentación, pero el principio no significa reiterar la jurisprudencia porque, contrariamente, no valoraríamos el contenido y seguir los precedentes no es solo reiteración, sino también apartamiento motivado”¹⁹⁰.

3.2.4. Control de la actividad judicial

Si la relativa predecibilidad de las decisiones judiciales es tan importante como el conocimiento de las normas jurídicas, no puede ser menos importante en términos democráticos la actividad de control y seguimiento a las decisiones judiciales en el mismo sentido en el que se realiza con respecto a los cuerpos legislativos. Sin embargo, “En Colombia, no existe todavía una tradición académica y política de seguimiento crítico y riguroso permanente de la labor de los jueces, y en especial de las altas cortes (...)”¹⁹¹.

¹⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-698 de 2004 M. P.: (e): Rodrigo Uprimny Yépes. Fundamento Jurídico n.º 9.

¹⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-1317 de 2003 M. P.: Rodrigo Uprimny Yépes. Fundamento Jurídico n.º 6.

¹⁸⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Quinta Reimpresión 2008 (2005), Bogotá, p. 178.

¹⁹⁰ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”. En *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá (IV), 2011, 34.

¹⁹¹ UPRIMNY, Rodrigo; FUENTES, Adriana; JARAMILLO, Juan; BOTERO, Catalina: *Libertad de Prensa y Derechos Fundamentales. Análisis de la Jurisprudencia Constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá, Konrad Adenauer-DeJusticia-Andiarios: 2006, p. XV.

Precisamente, conocer la actividad judicial y valorar los precedentes como parámetros de confrontación para resolver casos futuros son elementos necesarios para otorgar validez a los *precedentes*. En otras palabras, criticar los argumentos de las providencias en forma pública y racional, ponderando su consistencia frente a los precedentes y la realidad. Esto a su vez, contribuye a dar mayor legitimidad y eficacia a las decisiones judiciales. Si las decisiones se presentan como la forma más viable de resolver los conflictos y se apoyan en argumentos adecuados y suficientes que pueden ilustrar la aplicación de las normas jurídicas en casos similares, existirá certeza y confianza en el ordenamiento jurídico y no desconfianza ante la arbitrariedad.

3.2.5. Unificación jurisprudencial: la consagración legal de la fuerza vinculante

La función de unificar la jurisprudencia siempre ha estado presente como mecanismo que vitaliza la fuerza vinculante de los precedentes. En términos político-nacionales estuvo presente desde el período de la Regeneración y se puede rastrear con la historia del recurso de casación¹⁹². Sin embargo, este apartado se limita a la consagración legal de la fuerza vinculante mediante un breve recuento a partir de 2009.

3.2.5.1. Revisión eventual

La unificación como fundamento del seguimiento a los *precedentes* empieza a tomar nueva fuerza a partir de 2009, abriendo la posibilidad a las Salas de la Corte Suprema de Justicia de seleccionar sentencias objeto de pronunciamiento para efectos de dar unidad y coherencia a la jurisprudencia¹⁹³. Esta posibilidad se declaró constitucional en el entendido de que la decisión de no selección debía ser motivada y no impedía la interposición de tutela contra sentencia¹⁹⁴. Igualmente, se permite la revisión de la revisión eventual de las acciones populares y de grupo

¹⁹² Recuérdese por ejemplo el artículo 1 de la Ley 169 de 1896 cuyo texto inicia: "Con el fin principal de uniformar la jurisprudencia, y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia...". Un cuadro sinóptico que enumera estas normas hasta el 2012 puede verse en: MOTTA NAVAS, Álvaro Andrés; SUELTO COCK, Vanessa y CORRALES SÁNCHEZ, María Estela. *La importancia de la jurisprudencia en Colombia*. GIZ-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2012 131-134.

¹⁹³ Ley 1285 de 2009 artículo 7 inciso segundo, que modifica el artículo 16 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

y de la regulación de los recursos extraordinarios por parte del Consejo de Estado con fines de unificación¹⁹⁵.

Al año siguiente se incluiría la potestad de que “a solicitud del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial” y se ordenaba expresamente tener en cuenta los *precedentes judiciales* a entidades públicas “encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros”¹⁹⁶. Posteriormente, la Ley 1437 de 2011 que creó el Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reiteró el precepto anterior señalando los requisitos de procedencia y trámite¹⁹⁷.

3.2.5.2. Recurso Extraordinario de Unificación

En 2011 la Ley 1437 señaló el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia: “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”¹⁹⁸. En esa dirección otra de sus

195 Ley 1285 de 2009 artículo 11, que incluye el artículo 36A a la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

196 Ley 1395 de 2010 artículos 4 y 14 respectivamente. Adicionalmente, la Corte Constitucional estimó que también se debía considerar el precedente constitucional. Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011 M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

197 Título VII, Capítulo II, artículos 272-274. Véase sobre el particular el análisis de uno de los Magistrados de la Sección Tercera del Consejo de Estado: ROJAS BETANCOURT, Danilo. “Extensión de las sentencias de unificación de jurisprudencia”. En *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado-Banco de la República, Bogotá, pp. 89-124.

198 Artículo 10, el cual fue declarado ejecutable de forma condicionada por la Corte Constitucional: “en el entendido de que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”. Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011 M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Decisum.

disposiciones señaló la posibilidad de extender los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado siempre que se solicitara y se acreditaran los mismos supuestos fácticos y jurídicos¹⁹⁹. Esta manera de dar fuerza vinculante al *precedente* resulta novedosa en términos legislativos pues además de contribuir a la descongestión judicial le da vigencia al principio de igualdad y con ello refuerza la vinculatoriedad del precedente²⁰⁰.

Lo más importante de esta normatividad fue el establecimiento del recurso extraordinario de unificación cuando la sentencia de única instancia o de segunda instancia de los Tribunales Administrativos contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. Allí señala que las sentencias de unificación hacen relación a providencias proferidas por el “Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión”, facultando incluso a las salas de decisión para proferir en algunos casos sentencias de este tipo. Esta revisión puede emprenderse a solicitud de parte o por solicitud del ministerio público²⁰¹.

Posteriormente, la expedición del Código General del Proceso mediante la Ley 1564 de 2012 otorgaría un mayor peso a los *precedentes judiciales*. Elevó a rango legal el *precedente* establecido por la Corte para apartarse de la jurisprudencia vinculante: “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”²⁰². También indicó la posibilidad de que

199 Artículo 102, véase la revisión constitucional: Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2012.
M. P.: Mauricio González Cuervo.

200 “Extender los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado implica hacerla aplicable a quien no fue parte del proceso que dio lugar a la misma, pero precisamente, como si lo hubiere sido, ello es, como si hubiere sobrevenido en el solicitante la calidad de parte procesal. Lo anterior resulta *sui generis* para el derecho procesal si se tiene en cuenta que la calidad de “parte” se adquiere cuando se promueve el derecho de acción dentro de un proceso (...). ARIAS GARCÍA, Fernando. “Valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado: ¿una alteración al sistema de fuentes de derecho en el proceso contencioso administrativo?” En *Principia Juris*, n.º 17, enero-julio, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2012, p. 144.

201 Título VI, Capítulo II, artículos 256-268. Sobre el particular véase el análisis de un Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado: VARGAS RINCÓN, Alfonso. “Sentencias de Unificación Jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial”. En *Instituciones de Derecho Administrativo...*, Consejo de Estado-Banco de la República, op. cit., pp. 125-140.

202 Artículo 7.

la Corte Suprema de Justicia profiriera sentencias de unificación en casos de trascendencia nacional que ameritaran establecer un *precedente*²⁰³. Finalmente, reitero los *precedentes judiciales* de las Altas Cortes en el sentido de que juezas y jueces debían considerar la jurisprudencia “cuando no haya ley aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta”²⁰⁴.

3.3. EL PRECEDENTE JUDICIAL: DEL ARGUMENTO DE AUTORIDAD AL RAZONAMIENTO JURÍDICO

La obligatoriedad del *precedente judicial* en la práctica jurídica colombiana, sobre todo desde la óptica de juezas y jueces que no pertenecen a las cúpulas judiciales, suele ser vista como una necesidad de respetar la autoridad y evitar los problemas disciplinarios derivados de desatenderla²⁰⁵. No obstante, el sistema de *precedentes* se basa en una obligatoriedad relativa tanto para las Altas Cortes como para los jueces y juezas de inferior jerarquía, a pesar de que estos últimos tengan una mayor carga argumentativa para no acatar el *precedente* vertical en forma justificada. Esta relatividad marca una gran diferencia que debe ser sopesada a la hora de adoptar decisiones judiciales: la obligatoriedad del precedente judicial implica que debe ser tenido en cuenta como argumento sea para adoptarlo o para apartarse de él.

Para decirlo en términos de la Corte Constitucional:

“El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacratizado, puesto que no solo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema

203 Artículo 35.

204 Artículo 42 numeral 6.

205 SILVA GARCÍA, Germán. *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Tomo III: “La administración de justicia”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica —que implica unos jueces respetuosos de los precedentes— y la realización de la justicia material del caso concreto —que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas—²⁰⁶.

3.3.1. El precedente como argumento de autoridad

En el ámbito del razonamiento jurídico el *precedente judicial* es el argumento de autoridad por excelencia: “Su fundamento es también la relación persona/acto, o si se quiere juez/decisión”²⁰⁷. Esto implica que pueda ser usado como una técnica discursiva a fin de dotar de mayor legitimidad una argumentación o persuadir en el marco de la decisión judicial, pero también, que su desconocimiento tenga consecuencias en términos de la disciplina judicial y jurisprudencial.

Como técnica discursiva, el uso de los *precedentes* está relacionado con la entidad que los profiere y su peso en el sistema jurídico. Allí donde juezas y jueces ostentan un mayor grado en la jerarquía o un segmento más amplio de competencia habrá mayor peso de sus *precedentes*. Por ejemplo, la jerarquía funcional de la Corte Constitucional basada en su papel de guardiana de la Constitución ha sido un hecho que obliga a jueces y juezas a seguir sus *precedentes* en todos los ámbitos jurídicos, pues en ellos se ven envueltos de una u otra forma los derechos fundamentales plasmados en la Constitución²⁰⁸.

El simple uso de los *precedentes* con base en su fuente material (verbigracia las Altas Cortes) en principio parece anular toda forma de racionalidad y de autonomía judicial, sobre todo si el desconocimiento de dicha autoridad acarrea consecuencias jurídicas en el marco del proceso o incluso disciplinarias. Por un lado, se encontrarían las etapas subsiguientes de revisión de la decisión en el proceso judicial como la segunda instancia y la casación, y una que tomó fuerza de

206 Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999 M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero Fundamento Jurídico n.º 44.

207 MORAL SORIANO, óp. cit., p. 61.

208 Esto justifica que “En los casos de tutela, la diferencia [de jurisdicciones] se anula, y todos los jueces convergen en una misma jurisdicción: la constitucional, cuyo ente supremo en la jerarquía es la Corte Constitucional. Este es el fundamento de la competencia que tiene la Corte de revisar todos los fallos de tutela dictados en el país, sin importar la jurisdicción y la categoría de su autor”. MORENO ORTIZ, Luis Javier. “Tutela contra sentencias. Procedencia y modalidades jurisprudenciales en Colombia (1992-2006). En Civilizar, n.º 16, enero-junio, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2009, p. 58.

la mano de la obligatoriedad del *precedente*: la tutela contra providencias judiciales, como formas de disciplina jurisprudencial que buscan unificar los criterios de decisión. Por otro lado, las consecuencias disciplinarias derivadas de desconocer los *precedentes* sin argumentos suficientes y razonables admitidos como legítimos en el campo jurídico. Ejemplificaremos estas dos implicaciones dejando para el apartado que sigue la importancia del razonamiento jurídico sobre los *precedentes* para apartarse en forma legítima de ellos rescatando la autonomía judicial, la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

Cuando no se obedece el precedente es posible que la decisión sea revisada en segunda instancia e incluso sea objeto del recurso de casación en aras de que el órgano superior pueda interpretar con fines de unificación. Empero, el debate más importante en relación con la obligatoriedad de los *precedentes* parece ser la tutela contra providencias judiciales que se puede incoar ante su desconocimiento. Los supuestos que permiten su procedencia suelen coincidir con los que hacen posible incoar el recurso de casación en la jurisdicción ordinaria, por esta vía se refuerza la disciplina jurisprudencial.

Brevemente puede reseñarse que ésta posibilidad fue concebida inicialmente a partir de la doctrina de las “vías de hecho”, entendidas como decisiones arbitrarias adoptadas por juezas y jueces que presenten los siguientes defectos: el defecto sustantivo, que implica el uso del poder judicial para un fin no previsto en la Constitución; el defecto orgánico, que se refiere al ejercicio de funciones por un órgano que carece de su titularidad; el defecto fáctico, que alude a la aplicación del derecho sin sustento en los hechos; y, el defecto procedural, que hace referencia a comportamientos “abultadamente” por fuera de los trámites previstos en la ley. Todos estos defectos son tomados como “deformaciones” que no merecen el calificativo de actuaciones judiciales²⁰⁹.

Posteriormente, dicha doctrina será reformulada para quitar el mote de arbitrariedad, pero pone en el centro del debate la necesidad de acatar las decisiones judiciales o de apartarse de ellas de forma adecuada y razonable. Así, se admiten supuestos específicos en los que procede la acción de tutela ante decisiones ilegítimas que vulneren derechos fundamentales, estas circunstancias son clasificadas como “causales genéricas y específicas” e incluyen el desconocimiento

²⁰⁹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-231 de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz (Fundamento Jurídico 4.1).

del *precedente*²¹⁰. Con esto se afianza la obligatoriedad del *precedente* y la necesidad de deliberar sobre él para justificar la interpretación jurídica y su adecuación a los casos concretos, a pesar de que el debate sobre su procedencia en las providencias de las Altas Cortes aún no sea un tema consolidado²¹¹.

Del lado de las consecuencias disciplinarias es posible sostener que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional por inobservancia del *precedente* ha variado desde el 2008 en forma que: “los sujetos disciplinables pueden ser sancionados por la inobservancia de la doctrina constitucional, pues cuando se actúa de forma contraria a la *ratio decidendi* que la constituye, se actúa de forma contraria a la ley y a la Constitución misma”²¹². En efecto, mediante la Sentencia C-335 de 2008 se otorga fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, incluyendo especialmente la jurisprudencia de tutela, en tanto: “la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Asimismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”²¹³. De suerte que, puede incurrirse en el delito de prevaricato por acción cuando existe disconformidad frente a fallos de constitucionalidad abstracta o el desconocimiento del *precedente* “comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general”²¹⁴.

210 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-590 de 2005 M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Fundamento Jurídico n.º 24. Sobre el particular puede verse en detalle el ejemplo ilustrativo que se presenta en el apartado 4 de la presente unidad.

211 La superioridad funcional de la Corte Constitucional es negada por las demás Altas Cortes como fundamento para revisar las providencias de aquellas, por ejemplo la Corte Suprema de Justicia mediante una interpretación exegética del artículo 230 constitucional. GÓMEZ MARTÍNEZ, Diego León. “Análisis de la interpretación del artículo 230 de la Constitución Nacional, en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia (2007-2009)”. En *Criterio Jurídico*, Vol. 10, Núm., 2, Santiago de Cali, pp. 209-234.

212 HERNÁNDEZ MEZA, Nelson. *Las consecuencias disciplinarias del desconocimiento del precedente judicial en Colombia. Base teórica de una propuesta en construcción*. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, p. 158.

213 Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 2008 M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Fundamento Jurídico n.º 8.1. Sobre el particular puede verse en detalle el ejemplo ilustrativo que se presenta en el apartado 4 de la presente unidad.

214 *Ibid.*

En sentencia de tutela del año siguiente se refuerza el argumento de la obligatoriedad del *decisum* y de la *ratio decidendi* a propósito de la decisión adoptada en la Sentencia C-355 de 2006 sobre la despenalización parcial del aborto en tres casos específicos²¹⁵. Se afirma entonces que “tanto el *decisum* como la *ratio decidendi* de la Sentencia C-355 de 2006 vinculan a las autoridades judiciales y no pueden ellas omitir su observancia alegando razones de conciencia, pues su conducta podría dar lugar al delito de prevaricato por acción, así como a faltas de orden disciplinario, de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único)”²¹⁶. Así lo señaló también la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia siguiendo la línea sentada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-836 de 2001:

“Las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho –para el caso del Derecho Penal–, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de este, mas no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa. En consecuencia, comete el delito de prevaricato por acción el juez que desconoce los precedentes jurisprudenciales emanados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia”²¹⁷.

Con todo, las anteriores tesis son novedosas y se aplican frente a arbitrariedades palpables que vulneren la Constitución y los derechos fundamentales, no basta con que lo decidido no coincida con lo que pretendieron las partes o con que la jueza o el juez disciplinario no compartan el razonamiento jurídico²¹⁸. Justamente, el esfuerzo dialéctico y la carga argumentativa siguen siendo presupuestos legítimos para variar los *precedentes* en la medida en que los fundamentos de su obligatoriedad exigen su evaluación racional. De forma que la obligatoriedad de los *precedentes* no se justifica con base en el argumento de la fuente de autoridad sino de la evaluación dialéctica de sus argumentos.

215 Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2008 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

216 Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Fundamento Jurídico n.º 6.

217 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho, Radicado 39456, Bogotá, 10 de abril de 2013.

218 HERNÁNDEZ MEZA, óp. cit., p. 159.

3.3.2. El razonamiento jurídico sobre los precedentes

La fuerza del *precedente* no se impone por la simple autoridad de la entidad que lo profirió sino que debe imponerse por la suficiencia y razonabilidad que presenta como argumento jurídico capaz de dar solución a casos prácticos. Así, juezas y jueces a la hora de adoptar una decisión deben deliberar sobre el valor de los *precedentes* de forma autónoma, empero, para dotar de legitimidad y seguridad jurídica al sistema deben justificar de forma explícita dicha ponderación y su influencia en la decisión que se tome²¹⁹. En otras palabras, existe una clara diferencia entre la autoridad de los precedentes y su fuerza vinculante.

Sin duda, la autoridad de los *precedentes* directamente relacionada con la entidad que los profiere orienta en principio las providencias que se deben tener en cuenta²²⁰. Es claro que la competencia y la superioridad jerárquica constituyen argumentos de autoridad que justifican considerar sus providencias: “La idea de que estos órganos con competencia en la totalidad del territorio del sistema jurídico de un país sean los que creen precedentes está relacionada con la unidad de la jurisprudencia y la seguridad jurídica”²²¹. No obstante, la necesidad de evaluar los *precedentes* garantiza su observancia en términos conceptuales o en términos fácticos, es decir tanto para justificar el contenido y alcance de los derechos como para aplicar los *precedentes* mediante la identificación de los elementos fácticos jurídicamente relevantes para adecuarlo²²².

En efecto, el *precedente* generado por las Altas Cortes trata de responder al principio de universalidad, de conformidad con el cual la razón de la decisión debe ser aplicable a casos similares, decantando con ello el sentido y alcance de los derechos y principios, pero a la hora de efectuar su aplicación es preciso usar el razonamiento práctico para distinguir si los hechos contemplados reúnen todos los presupuestos de los *precedentes judiciales*²²³. Entendido de este modo el peso de los *precedentes*, encuentra sentido que su racionalización haga necesario valorar

219 MORAL SORIANO, óp. cit., p. 68.

220 *Ibid.*, p. 61.

221 *Ibid.*, p. 71.

222 *Ibid.*, p. 89.

223 *Ibid.*, p. 124.

su pertinencia de cara a los hechos que se examinen y al ordenamiento jurídico en su conjunto²²⁴.

La existencia de los *precedentes* se sustenta en la necesidad de justificar las decisiones judiciales en forma sistemática, es decir, señalando las dimensiones de ajuste de las actuaciones judiciales con respecto al ordenamiento jurídico. En tal sentido, una decisión se reputa consistente en la medida en que se adopta en el escenario de las decisiones legítimas que le anteceden sea para reiterarlas, extenderlas o distanciarse de ellas. Esta manera de comprender el razonamiento judicial es un compromiso con la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones²²⁵.

En suma, el razonamiento jurídico sobre los *precedentes* garantiza que no se trata de una obediencia ciega a sus mandatos aun cuando estos puedan resultar arbitrarios, tampoco la sujeción que niega la capacidad de discernimiento de juezas y jueces, sino al contrario, la posibilidad de controvertir los *precedentes judiciales* cuando no sean suficientes y razonables para resolver casos prácticos mediante el análisis racional de sus argumentos realizado por juezas y jueces. Esta idea conduce directamente a la pregunta por las razones legítimas para apartarse de los *precedentes* para salvaguardar la autonomía judicial.

3.3.3. Razones suficientes y adecuadas para apartarse de los precedentes

Siendo los *precedentes* materiales jurídicos de obligatoria observancia tanto para aplicarlos a casos similares como para apartarse de ellos en ejercicio de la autonomía de cada jueza o juez, resta por aclarar qué razones son suficientes y adecuadas para interpretarlos. Siguiendo a LÓPEZ MEDINA podría hablarse de argumentos ilegítimos y de argumentos legítimos. Dentro de los primeros se encontraría la negación del valor propio de la jurisprudencia como fuente jurídica y de los *precedentes* como obligatorios, la ignorancia de los *precedentes* existentes según

224 Para VILLEGAS FARIAS: “en nuestro ordenamiento jurídico [el chileno], y en la mayoría de los sistemas de derecho codificado, el precedente solo tendrá un valor persuasivo en la resolución de casos similares en el futuro, y ésta fuerza persuasiva dependerá de dos criterios, por un lado, cual sea el órgano emisor del precedente, siendo mayor su fuerza si proviene de los altos tribunales dentro de cada ordenamiento, y por otro lado, de la reiteración de la línea jurisprudencial”.

VILLEGAS FARIAS, Daniel Herrán. *El precedente judicial en la práctica constitucional chilena. Estudios críticos: Cortes de Apelaciones y Corte Suprema*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia. Universidad Austral de Chile. Enero, 2007, p. 9.

225 MORAL SORIANO, *op. cit.*, p 126.

el caso objeto de estudio y la desobediencia a los mismos no motivada de forma explícita en la decisión judicial adoptada²²⁶. Dentro de los argumentos legítimos se encontrarían la obediencia, la distinción fáctica entre hechos materiales con respecto a los hechos del *precedente*, la distinción entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*, la indeterminación de la jurisprudencia y el cambio de jurisprudencia²²⁷.

En un sistema de *precedentes* que parte del reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho no resulta plausible esgrimir como argumento negar el carácter obligatorio del *precedente*, como se vio en los apartados anteriores, ello no es adecuado tanto por la autoridad que estos representan como por las razones que aportan para la aplicación del derecho. Tampoco es admisible ignorar la existencia del *precedente* pues su fuerza vinculante impone tenerlo en cuenta a la hora de adoptar las decisiones judiciales. En la misma dirección, si se tiene en cuenta pero no se explicitan las razones para desobedecerlo, la decisión que se tome irá en contra de la interpretación y aplicación legítima decantada por las Altas Cortes. No obstante, estas conductas suelen ser usadas también como estrategias argumentativas dependiendo del rol que se desempeñe en el campo jurídico²²⁸.

La fuerza vinculante del *precedente* debe conducir a su obediencia, pero juezas y jueces deben identificarlo con claridad a fin de rebatirlo o adoptarlo, entrando en la valoración de su idoneidad para justificar las normas y su capacidad de aplicación al caso concreto. Una vez realizado este ejercicio jueces o juezas se encuentran ante tres alternativas: “(1) aplicar (*apply*) la regla del precedente, ello cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; (2) seguir (*fallow*) la regla del precedente, cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del [juez o jueza], estas no justifican un trato jurídico distinto y, por tanto, extiende a través del razonamiento analógico la regla del precedente al nuevo supuesto; o bien (3) distinguir (*distinguish*) la regla del precedente, esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del [juez o jueza] las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto”²²⁹. Consideraremos las razones que justifican las dos últimas alternativas.

226 LÓPEZ MEDINA, *El Derecho...*, op. cit., pp. 207-212.

227 *Ibid.*, p. 210 y ss.

228 *Ibid.*

229 MAGALONI, A. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 84. Citado por RODRÍGUEZ SANTANDER, op. cit., p. 61. En el caso español estas vías coinciden, véase: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional”. En Foro, *Nueva época*, Núm. 3, 2006, pp. 27-92.

La segunda alternativa consiste en la disanalogía o la distinción fáctica de los hechos relevantes, es decir, en mostrar que el caso que se examina “difiere del anterior en alguna propiedad relevante”²³⁰. Dicho en términos de la Corte Constitucional:

“El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí, cuando en una situación similar se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga a aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho”²³¹.

Por su parte, la tercera alternativa plantea la posibilidad de manipular o condicionar el uso de la *ratio decidendi* ensanchándola o estrechándola. La *ratio decidendi* fue definida mediante la SU-047 de 1999 como “la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”²³². Se trata de aquellos argumentos que tienen un “nexo causal con la parte resolutiva” y por esa razón se presentan como obligatorios en tanto “guardan unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia” en forma tal que sin ellos no se puede entender la decisión a que se llega²³³. Estas razones que fundamentan la decisión pueden extenderse o contraerse para fallar en un caso concreto y determinado en la medida en que representan la parte obligatoria de las providencias. Por su parte, las *obiter dicta* o simples *dictum* hacen relación a aquellas valoraciones incidentales o auxiliares de que se vale la argumentación jurídica en la decisión judicial, por ello carecen de fuerza vinculante pero como argumentos mantienen su fuerza persuasiva²³⁴. La *ratio* y los *dictum* pueden ser distinguidos para generar nuevas subreglas con diferentes elementos normativos no contemplados por el *precedente*, sea dentro de la sombra decisional que se considera legítima como alejándose de ella.

230 Aguiló Regla, *Fuentes...*, óp. cit., p. 157.

231 Corte Constitucional, Sentencia T-1317 de 2001 M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes. Fundamento Jurídico n.º 6.

232 Corte Constitucional, Sentencia de unificación (SU)-047 de 1999 M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico n.º 48.

233 Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993 M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico n.º 2, 3.

234 Corte Constitucional, Sentencia de unificación (SU)-027 de 1999 M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Fundamento Jurídico n.º 51.

Las posibilidades de realizar cambios jurisprudenciales por esta vía se basan en el aprovechamiento de los argumentos esgrimidos en las providencias y los salvamentos de voto, así como en la lectura de la línea jurisprudencial. En esta forma puede comprenderse la *ratio en sentido formal*, como aquellos fundamentos de la decisión enunciados en forma explícita, o en *sentido material*, como aquella reconstrucción hermenéutica del verdadero sentido de aquellos fundamentos realizada con posterioridad y usada en más casos²³⁵. En términos de la Corte Constitucional:

“La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las Altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto”²³⁶.

En otras palabras, como recurso argumentativo adecuado puede reconstruirse o reconceptualizarse una *ratio decidendi* para incluir variaciones o cambios jurisprudenciales. Este uso se encuentra justificado cuando juezas y jueces encuentran que la jurisprudencia es contradictoria y no contiene una sola interpretación determinada, haciendo necesario argumentar para tomar una posición en favor de una u otra posibilidad hermenéutica. De hecho, esto se puede lograr también a partir del uso de los salvamentos de voto, retomando sus argumentos y modificando o reconceptualizando el *precedente*²³⁷.

3.4. UN EJEMPLO ILUSTRATIVO: LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE)

Un ejemplo de la forma en que tomó fuerza el *precedente judicial* y se defendió la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional es en materia de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE). En efecto, en 2008 ante una

235 LÓPEZ MEDINA, *El Derecho...*, op. cit., pp. 232-236.

236 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001 M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Fundamento Jurídico n.º 22.

237 JIMÉNEZ OLIVÁREZ, Roberto Alfonso, “Los salvamentos de voto como fuentes de la renovación de la jurisprudencia”. En *Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. 9 n.º 8, julio-diciembre de 2006, pp. 335-356.

demandas de inconstitucionalidad respecto al tipo penal de aborto, la Corte decidió despenalizar dicha conducta en tres circunstancias: “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento; abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”²³⁸.

Sin embargo, en el 2009 se presentó un caso en el que una mujer que presentó un embarazo no viable y los médicos que debían realizar el procedimiento de interrupción autorizados por ella exigieron orden previa de una autoridad judicial para proceder a efectuarlo. La solicitud de tutela interpuesta para estos efectos encontró en primera instancia el impedimento del juez con base en su concepción personal y religiosa. No obstante, en la segunda instancia se desestimó el impedimento y se concedió el amparo ordenando en el término de cuarenta y ocho horas la práctica de la IVE²³⁹. A pesar de que la Corte Constitucional confirmó la tutela de segunda instancia, la sentencia sirvió para sentar un *precedente* sobre el sentido de la despenalización del aborto en los tres casos específicos y hacer un llamado a su obligatoriedad.

En esa dirección, la Corte interpretó la *ratio decidendi* que fundamentaba el *decisum* en punto a la despenalización:

- i) “Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera que suponga la negación absoluta de otros principios o derechos, pues debe siempre entenderse que existe la posibilidad de ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional.”
- ii) El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene el mismo fundamento ontológico. Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. De ahí que la ley

²³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2008 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

²³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. 1.2. Hechos.

pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, diseñarse una política pública de punición penal para esos efectos.

- iii) La anterior posibilidad, no obstante, debe surtirse bajo las fronteras que traza la Constitución misma –reforzados estos límites con fundamento en lo dispuesto por el artículo 93 superior, esto es, por las garantías consignadas en un conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia–. En ese orden, cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante entre los cuales se encuentran el derecho a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia, así como a gozar de modo pleno de sus derechos en materia de salud sexual y reproductiva.
- iv) No puede esa protección infringir el derecho de la mujer gestante al respeto por su dignidad; debe garantizar su derecho a la libertad, en general, y a la posibilidad de la mujer para autodeterminarse y para configurar su propia identidad, según el derecho al libre desarrollo de su personalidad; tampoco puede implicar una afectación grave del derecho de la mujer gestante a preservar su salud integral –física y mental– y ha de enfocarse a proteger su vida.
- v) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del *nasciturus* hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad y razonabilidad, como han sido desarrollados estos principios por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos”²⁴⁰.

Resaltó que la función del juez de tutela es impedir las afectaciones desproporcionadas de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas y

²⁴⁰ Fundamento Jurídico n.º 4.1.

que en ese sentido debía seguirse el *precedente*, el cual se había reiterado por vía de tutela²⁴¹. En todas se ratificó el fundamento según el cual la objeción de conciencia es un atributo de carácter personal y no institucional o colectivo y se señaló su carácter relacional en el Estado social de derecho dado que puede producir efectos frente a terceros. De modo que señaló que las autoridades judiciales no podían escudarse en la objeción de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales:

“(...) el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución–, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida esta en sentido amplio–, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo esta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho.”

Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia. Debe tenerse presente, que con el ejercicio de la función judicial está en juego la protección de los derechos constitucionales fundamentales que han sido, a su turno, el resultado de grandes esfuerzos por parte de grupos de la sociedad históricamente discriminados –como, en el caso que nos ocupa–, lo han sido las mujeres”²⁴².

En consecuencia, afirmó en la parte resolutiva de la providencia el carácter vinculante: “Tanto el *decisum* como la *ratio decidendi* de la Sentencia C-355 de 2006 vinculan a las autoridades judiciales y no pueden ellas omitir su observancia alegando razones de conciencia, pues su conducta podría dar lugar al delito de

²⁴¹ Véase: Corte Constitucional, Sentencia T-988 de 2007 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto y T-209 de 2008 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

²⁴² Fundamento Jurídico n.º 5.3.

prevaricato por acción, así como a faltas de orden disciplinario, de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único)".

3.5. RESUMEN ESQUEMÁTICO

La fuerza vinculante del precedente judicial

La *ratio decidendi* entendida como aquellas razones que concretan el significado y alcance de las normas jurídicas frente a casos particulares, otorgan fuerza vinculante al *precedente* en virtud de que son exigibles como obligatorias en casos análogos por sus hechos o circunstancias.

La diferencia entre *precedente vertical* y *precedente horizontal* hace relación a la jerarquía funcional y a la consistencia de las decisiones, el primero frente a la obligación *prima facie* de seguir los *precedentes* fijados por las Altas Cortes y el segundo de seguir las propias decisiones antecedentes en forma coherente y sistemática.

El *precedente judicial* es una fuente de derecho cuya obligatoriedad es relativa en tanto permite que juezas y jueces puedan apartarse de él con razones suficientes y adecuadas.

Los fundamentos que sustentan la obligatoriedad del *precedente judicial* como regla general son la necesidad de dotar de coherencia al ordenamiento jurídico y de seguridad jurídica, la libertad ciudadana y el desarrollo económico.

La coherencia del ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica es uno de los argumentos más importantes, pues se entiende que el sistema jurídico no funciona sin la certeza, la predecibilidad y la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales.

La libertad ciudadana y el desarrollo económico son salvaguardadas mediante el seguimiento de los *precedentes*, ya que permiten conocer las normas regulares y ausentes de arbitrariedad para que ciudadanos y ciudadanas se desenvuelvan y proyecten sus expectativas o proyectos individuales o colectivos.

El respeto al principio de igualdad justifica la obligatoriedad del precedente judicial, pues obliga a que situaciones similares falladas en determinada manera con razones específicas tengan efectos sobre las decisiones futuras que demandan el mismo trato por ser similares los hechos o circunstancias.

Seguir el *precedente* garantiza además que pueda ejercerse control ciudadano sobre la actividad judicial para valorar su consistencia en forma pública y criticar su arbitrariedad en caso de que existan incongruencias.

La fuerza vinculante del precedente judicial

Además, la unificación jurisprudencial como una de las funciones encargadas por la autonomía a las Altas Cortes, es una razón para argumentar sobre la fuerza vinculante del precedente. Sobre todo a partir de 2009 en el que se empieza a consagrar legalmente la necesidad de tener en cuenta los *precedentes judiciales* por parte de juezas, jueces y demás autoridades públicas.

La fuerza del *precedente* no se impone por la simple autoridad de la entidad que lo profirió sino que debe imponerse por la suficiencia y razonabilidad que presenta como argumento jurídico capaz de dar solución a casos prácticos.

Precisamente, en virtud de la autonomía judicial es legítimo que juezas y jueces valoren la autoridad de los *precedentes* y decidan seguirlos o apartarse de ellos, por considerar que no son argumentos viables para resolver problemas prácticos con base en razones suficientes y adecuadas.

Para apartarse de forma razonable y adecuada de los *precedentes* juezas y jueces pueden: a) distinguir la subregla fijada en el *precedente* en la medida en que existan diferencias significativas que ameriten un trato jurídico distinto, de modo que se pueda crear una nueva subregla o *ratio decidendi*; b) ampliar o restringir la subregla o *ratio decidendi*; c) Realizar distinciones fácticas que justifiquen variar el precedente.

ap

Actividades pedagógicas

Ejercicios

3.6. PONER A PRUEBA EL CRITERIO JURÍDICO

Basándose en los argumentos de esta unidad, señale si está de acuerdo o no con las siguientes ideas (en negrita) reforzadas por una cita textual que la desarrolla parcialmente, justifique su posición:

- a). *No hay precedente cuando la votación en las Altas Cortes se encuentra dividida*: “(...) no es *precedente judicial* algunas jurisprudencias adoptadas con votaciones divididas de los integrantes del cuerpo colegiado vétice, situaciones en las que los jueces de las escalas media e inferior quedan librados para la fundamentación de sus providencias al criterio triunfante o a la disidencia, el que le parezca más racional y razonable”²⁴³.

243 BASTIDAS de RAMÍREZ, op. cit.; pp. 280-281.

- b) *No hay un sistema de precedentes porque no ha funcionado la doctrina probable (“tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho”): “en el ámbito de la realidad nacional no se ha requerido esa cifra de decisiones para que los jueces de menor jerarquía tomen las decisiones de la Corte como «doctrina probable», pues de hecho ha bastado una, pero sin que exista obligación vinculante de esos fallos, de tal suerte que en Colombia no existe efecto bien claro hasta ahora del sistema del precedente judicial que vincula a los demás funcionarios para decisiones futuras”²⁴⁴.*
- a) *El precedente se puede configurar con una sola sentencia en todas las jurisdicciones:* “Al hablar del precedente, la doctrina y la jurisprudencia suelen aludir a *un conjunto de decisiones* uniformes respecto a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que este nace cuando *la ratio decidendi se reitera en varias providencias*. La Corte Constitucional prescinde de esta reiteración como requisitos para la configuración de sus precedentes, los cuales, en adelante, obligan inmediatamente se profieran”²⁴⁵.

Autoevaluación

3.7. EJERCICIOS DE FICCIÓN LEGAL: LAS LEYES DE LA ROBÓTICA

Los siguientes son casos hipotéticos basados en la obra literaria de ciencia ficción de ISAAC ASIMOV, remitimos al lector a *Intuición Femenina* un cuento corto que puede ilustrar brevemente el escenario futurista que se traslada a Colombia²⁴⁶. No obstante, a continuación se presenta un contexto a partir del cual los casos pueden ser recreados y solucionados:

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 61.

²⁴⁵ CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. “El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho”. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 41, Núm. 115, julio-diciembre, 2011, p. 342.

²⁴⁶ ASIMOV, Isaac. “Intuición Femenina”, En: *Cuentos Completos II*, Ediciones B Zeta Bolsillo, Barcelona, 2009, pp. 488-512.

ae	<p>3.7.1. La historia</p> <p>Han pasado más de 2000 años después de la expedición de la Constitución Política de 1991 en la República de Colombia. Este documento tiene un valor histórico para la galaxia pues desde 2013 no ha sufrido modificación alguna. Además de la Constitución, con el uso frecuente de los robots por la población para todas las actividades, juezas y jueces han tenido que interpretar con regularidad “las tres leyes de la robótica”:</p> <p>“Un robot no debe dañar a un ser humano ni, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño.</p> <p>Un robot debe obedecer las órdenes impartidas por los seres humanos, excepto cuando dichas órdenes estén reñidas con la Primera Ley.</p> <p>Un robot debe proteger su propia existencia, mientras dicha protección no esté reñida ni con la Primera ni con la Segunda Ley”.</p> <p>En el año 3009 hubo gran conmoción entre los y las juristas debido a que el Presidente expidió un decreto en el que ordenaba que los humanos que cometieran delitos contra la propiedad fueran castigados con la pena de muerte. Según el Decreto A32B34 del presidente, la pena debía ser ejecutada por un robot para salvaguardar la dignidad humana. Un siglo antes los científicos ya habían incorporado en los robots tipo A una capacidad de discernimiento igual a la de un adulto humano de 18 años, razón por la cual eran juzgados y condenados con penas especiales en razón de su condición inicialmente electromecánica. No obstante, subsistían los robots tipo B, quienes ejecutaban conductas ordenadas por los humanos.</p>
----	--

de

Dos meses después de la publicación del Decreto A32B34, un robot tipo A da muerte a un humano que atemorizaba con un revólver a las personas del Banco Central mientras extraía el dinero de la caja. La acción quedó registrada en la cinta de video de la entidad y fue corroborada por varios testigos, de modo que no hay duda de que el robot causó la muerte al asaltante. No obstante, la defensa del robot señaló que no existe delito alguno, pues el Decreto presidencial autorizó a los robots a infringir la primera ley de la robótica, es decir, a ejecutar la pena de muerte frente a quienes violen la propiedad.

Las decisiones relacionadas con robots se resuelven “desconectando” a los robots o estableciendo requisitos para su uso. En aplicación de las tres leyes de la robótica la Corte Suprema Única ha adoptado las siguientes decisiones:

Quince sentencias en las que se permite a los robots golpear a las personas como forma de reanimación en circunstancias en las cuales los humanos pierden el conocimiento.

Cuarenta sentencias que niegan a los robots la posibilidad de matar a seres humanos en casos en los que los propios humanos lo soliciten por presentar enfermedades terminales.

Una sentencia en la que se autoriza a un robot matar al secuestrador (humano) de un avión de pasajeros, pues protegió la vida de 200 personas con dicha acción.

Tres decisiones que impiden a un robot golpear a un humano que pretendía extorsionar a un grupo de 200 personas usando su información privada.

3.7.2. Las preguntas

Según el principio de supremacía constitucional, analice el Decreto A32B34 indicando tanto en sentido estático como en sentido dinámico su lugar dentro o fuera de la jerarquía normativa. Realice este ejercicio desde la óptica del legalismo liberal y desde la óptica del constitucionalismo. ¿Qué posición tomaría como abogado(a) defensor(a)? ¿Qué posición tomaría si tuviera que fundamentar la acusación?

ae

Redacte brevemente por lo menos dos argumentos que le permitan tomar una decisión, sea esta condenatoria o absolutoria, asumiendo la posición de juez(a).

Usted es el juez(a) de la causa y debe adoptar una decisión con base en los materiales jurídicos suministrados: (ley, jurisprudencia y elementos del cuento “intuición femenina”) ¿Cuál es el *precedente* que infiere de la jurisprudencia? ¿En qué forma usaría la jurisprudencia para adoptar una decisión? Presente en público su relato y su decisión.

Unidad 4

LAS SENTENCIAS JUDICIALES: LOS SUJETOS JURÍDICOS, LOS HECHOS, LOS CONCEPTOS, EL PROBLEMA Y LA RATIO DECIDENDI

<p><i>Og</i></p>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Presentar las partes que componen una sentencia judicial en perspectiva de resaltar los elementos más discutidos para abordar el análisis jurisprudencial.</p>
<p><i>Oe</i></p>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Identificar las partes que componen una sentencia judicial. • Ofrecer ejemplos que permitan comprender la estructura de una sentencia judicial. • Presentar ejemplos y contraejemplos en relación con las nociones de ratio decidendi y obiter dicta.

Interpretar la jurisprudencia es un proceso que requiere comprender los elementos que componen la sentencia y cuáles de ellos resultan vinculantes. Este es el paso previo para poder ubicar una sentencia en un campo decisional, desentrañar el *precedente* y fijar los argumentos jurídicos que la componen, así como para comprender si la subregla que contiene es susceptible de ser aplicada a casos análogos por los mismos hechos o circunstancias.

La lectura rigurosa de una sentencia o de cualquier providencia judicial debe tener en cuenta varios elementos: los(as) sujetos(as) jurídicos y sus cualidades, los cuales intervienen en el marco del proceso judicial y en principio es a quienes aplica la decisión; los hechos, aquellas circunstancias jurídicamente relevantes en las cuales es preciso valorar la aplicación de las normas jurídicas; los conceptos,

argumentos que soportan las razones de la decisión y se presentan como asunciones de juezas y jueces cuya comprensión se precisa para comprender las normas; el problema jurídico, la cuestión central que se proponen resolver juezas y jueces en sus providencias y; la *ratio decidendi* o subregla que se genera a partir de la fijación del contenido y alcance de los derechos en un caso concreto, empero, que sirve de referente para fallar casos similares futuros y que no es otra cosa que la respuesta jurídica del problema planteado.

La presente unidad inicia con el análisis de un caso hipotético que busca problematizar el uso de los precedentes y los significados que contienen. Continúa indicando diferencias entre dos tipos de tradiciones de análisis jurisprudencial: la analógica y la conceptual, para situar al lector(a) en un punto medio más ecléctico. Esto para contextualizar la pregunta “¿cómo se interpreta una sentencia?” que termina resolviéndose mediante la explicación y exemplificación de cada una de sus partes.

4.1. ANÁLISIS DE CASO HIPOTÉTICO: LA ADOPCIÓN EN PAREJAS DEL MISMO SEXO

El presente es un ejercicio de análisis basado en un caso hipotético sobre el tema de la adopción en parejas del mismo sexo, a continuación se presentan varios materiales jurídicos y preguntas relativas al uso del *precedente*. El ejercicio puede realizarse en grupo registrando los argumentos de las discrepancias o en forma individual según lo indique el o la facilitadora.

4.1.1. El contexto

La Constitución de 1991 estableció el carácter pluralista y laico del Estado colombiano, abandonando con ello la tradición católica a que estaba acostumbrado el país desde 1886. A pesar de ello, gran parte de la población sigue profesando la fe católica y siguiendo sus ritos. Los cambios operados por la globalización, sin embargo, han cambiado la mentalidad de las personas e incluso la interpretación del derecho. Aun así, han existido serios vacíos legislativos y demoras en la reglamentación de los derechos plasmados en la Constitución, obligando a juezas y jueces a la interpretación y aplicación directa de la Constitución. En esta actividad interpretativa la Corte Constitucional ha tenido dos tendencias decisionales:

Por un lado, en el análisis de constitucionalidad abstracta de la regulación legal referida a parejas heterosexuales, ha establecido que ella no puede hacerse

extensiva a parejas del mismo sexo. Estas decisiones se han adoptado en Sala Plena y han estado referidas a los derechos pensionales, el matrimonio y la afiliación a seguridad social.

En el mismo sentido ha decidido algunas acciones de tutela en las que parejas del mismo sexo que cumplen con los requisitos legales para que se pueda realizar la sustitución pensional, para contraer matrimonio o afiliar a su pareja como beneficiario(a) en el régimen de salud, la Corte ha decidido no hacer extensivos estos derechos a parejas del mismo sexo.

Por otro lado, en algunas sentencias de constitucionalidad y de tutela la Corte ha mencionado que la valoración de la autonomía sexual está proscrita como razón admisible para otorgar un trato discriminatorio. En esa dirección ha dicho en ocasiones que hay que aplicar un test estricto de proporcionalidad para justificar la restricción de la autonomía sexual.

Adicionalmente, en un salvamento de voto, uno de los magistrados contradijo la posición mayoritaria que decidió no otorgar de forma efectiva el derecho de residencia en las Islas de San Andrés y Providencia a una persona que mantenía Unión Marital de Hecho con su pareja del mismo sexo residente de las islas. En este salvamento el magistrado señaló que el reconocimiento dé los efectos de la Unión Marital de Hecho en parejas del mismo sexo no podía ser solamente una “muletilla retórica” sino que debía materializarse, además, si no se materializaba contrariaba el *precedente* establecido por la propia Corte según el cual la autonomía sexual está proscrita como razón admisible para otorgar un trato discriminatorio.

4.1.2. Las historias particulares

En el año 2025 el Congreso expide la Ley 51 cuyo tenor literal señala:

“Art. 1. Se establece como requisito para adoptar niños, niñas y adolescentes en custodia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que la pareja cuente con Unión Marital de Hecho superior a 5 años.

Art. 2. La presente ley deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

Primer escenario:

90 Acciones de tutela se acumulan en su despacho, en ellas el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se ha negado a dar trámite a la solicitud de

adopción a parejas del mismo sexo con base en que dichas parejas no cumplen con el requisito de ser “pareja formada por un hombre y una mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años”, requisito que según el Instituto está señalado en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006. En las acciones de tutela se reclama el reconocimiento del derecho a adoptar para parejas del mismo sexo con una Unión Marital de Hecho superior a 5 años, en la medida en que existe la nueva ley y las parejas del mismo sexo cumplen con los demás requisitos.

Segundo escenario:

Varios grupos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgeneristas e intersexuales apoyados por ONG extranjeras presentan demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, el cual establece literalmente:

“Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o expupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.

Según los y las demandantes, el texto subrayado no establece distinciones por razón de identidad u orientación sexuales, por lo que debe interpretarse que incluye a las parejas del mismo sexo. Además, los y las demandantes sostienen

que la nueva Ley 51 de 2025 incluye directamente en la noción de “parejas” a las conformadas por la unión de personas del mismo sexo.

4.1.3. Las preguntas

Primer escenario:

- Usted es la jueza o el juez que tiene los expedientes de tutela acumulados en su despacho, trate de orientar su decisión sobre los mismos por el resultado, es decir, defina primero la decisión a la que quiere llegar y luego seleccione los argumentos que le sirven de sustento. Una vez realice este procedimiento señale: ¿De qué manera usó los hechos jurídicamente relevantes establecidos en las tendencias decisionales? ¿De qué manera usó los conceptos y el significado de los derechos establecidos en las tendencias decisionales? Tenga en cuenta que para adoptar la decisión debe hacer frente a todos los argumentos en que se ha basado la Corte para decidir casos anteriores.

Segundo escenario:

- Usted es la jueza o el juez encargado de proyectar el fallo sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 51 de 2025. Restringido por el texto de la Constitución y los argumentos de los y las demandantes, señale cuál es la interpretación adecuada y en qué elementos se sustenta de las tendencias decisionales reseñadas. Este ejercicio puede ser realizado en grupos organizados en los que se admitan los votos y argumentaciones disidentes.

4.2. LA TRADICIÓN CONCEPTUAL Y LA TRADICIÓN ANALÓGICA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La tradición conceptual y la tradición analógica de análisis jurisprudencial suelen identificarse con el derecho de origen continental y el derecho de origen anglosajón respectivamente. En la tradición conceptual el análisis se centra en el significado de los principios y derechos en abstracto, de las nociones jurídicas que aparentemente iluminarán la aplicación al caso concreto. En la tradición analógica, el análisis se centra en los patrones fácticos envueltos en el caso concreto que permiten especificar las normas generales. Mientras el análisis conceptual se plantea preguntas altamente generales del tipo: ¿Qué significa el derecho a la igualdad?, el estudio analógico realiza preguntas orientadas por los enunciados fácticos del tipo: ¿Vulnera el derecho a la igualdad que los establecimientos públicos de diversión nocturna limiten la entrada de personas pertenecientes a pueblos étnicos?

En Colombia, algunos llaman la atención sobre la necesidad de abandonar el conceptualismo característico del formalismo jurídico colombiano, para emprender estudios analógicos de la jurisprudencia que sirvan a juezas y jueces a efectos de adoptar decisiones controladas a partir de los patrones fácticos y su análisis empírico²⁴⁷. Otros consideran importante este llamado de atención, empero, abogan por una “metodología ecléctica” en la que no se pierda de vista el peso que tienen las definiciones abstractas para la resolución de los casos y la filosofía implícita de las decisiones judiciales²⁴⁸. Esta tensión es particularmente importante cuando observamos que especialmente el conceptualismo, que tiene sus raíces en la Escuela Histórica Alemana, es una de las influencias más importante en la forma de concebir el derecho en nuestro país. La gran crítica de esta metodología es que la realidad es residual o ausente del racionamiento jurídico, lo que aleja el derecho a los problemas de la sociedad. De ahí, que una metodología que recoja mejor el sentido de justicia material, en especial, aquella que tiene como eje el caso concreto, se articule mejor en el modelo del Estado social de derecho.

Ambas perspectivas intentan enfrentar la tensión generada por el derecho de creación judicial, la tradición conceptualista imperante y las particularidades de la Constitución de 1991 en Colombia. El resultado de considerar estas perspectivas es advertir la necesidad de iniciar el análisis jurisprudencial en términos analógicos y atender al peso de los conceptos según el problema jurídico que se plantee. De este modo, el intérprete puede sustentar de forma clara las razones que lo llevan a sujetar sus decisiones al *precedente judicial* o argumentar en el sentido de apartarse de la línea jurisprudencial.

Con todo, la visión ecléctica trata de integrar las dos tradiciones (conceptual y analógica) a la hora de interpretar los campos decisionales e identificar el *precedente*, pues la fuerza vinculante que *prima facie* se predica puede comprenderse a partir de un análisis de los hechos que se presentan a consideración de juezas y jueces, este es un límite a la decisión judicial en tanto esta no puede basarse en otros hechos que no se encuentren dentro del proceso. Ello justifica que se dé un trato similar a casos similares, por ejemplo mediante el uso de la analogía o la extensión de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

247 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho...*, óp. cit., p 150.

248 BORRERO, Camilo; GALVIS, María Clara; ROJAS, Danilo; UPRIMNY, Rodrigo. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En: Revista *Pensamiento Jurídico*, n.º 15, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 349-351.

Empero, también puede darse la sujeción a un significado o concepto que ha sido delimitado por el precedente y que, en algunos casos, puede modificar el sentido de las normas jurídicas a la luz de los casos concretos. Repárese por ejemplo en el concepto de familia, si se entiende que su significado es pluralista y acepta aquellas conformadas por parejas del mismo sexo o si se entiende que su significado solo vincula a parejas heterosexuales, las consecuencias para la aplicación de las normas en casos concretos variarán²⁴⁹. Lo mismo puede suceder si frente al concepto de causa como requisito de los contratos, si se comprende que esta solo hace relación en términos subjetivos a los móviles que determinan la realización del negocio y no al escrito mediante el cual se formaliza. Se trata entonces de comprender los conceptos no desde la perspectiva de inamovilidad de los mismos, o teoría externa, sino desde la posibilidad de su constante cambio, perspectiva interna, conforme a las posibilidades de contexto.

Así, juezas y jueces deben interpretar las sentencias considerando en primera medida los hechos que se presentan y en segunda medida los significados y conceptos que han sido decantados por la jurisprudencia y pueden tener influencia directa en la decisión a tomar. Esto tiene consecuencias directas sobre la fuerza vinculante de *los precedentes*: tener en cuenta de forma específica los hechos y circunstancias similares en casos anteriores es un patrón de consulta obligado para justificar una decisión judicial y sirve para señalar diferencias o realizar aplicaciones analógicas de las normas jurídicas, igualmente, la consideración de significados y conceptos, establecidos como razones de las decisiones anteriores o argumentos que dan luz sobre la manera de comprender el ordenamiento jurídico, resultan ser necesarios y en algunos casos definitivos para la toma de decisiones. De hecho, estas dos previsiones siempre se tienen en cuenta a la hora de interpretar el texto de la ley compuesta de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas con respecto a ellos.

Teniendo en mente esta posición ecléctica frente al análisis jurisprudencial hay que visualizar los elementos que componen una sentencia y la forma en que se deben interpretar en clave de comprender el *precedente judicial*.

4.3. ¿CÓMO SE INTERPRETA UNA SENTENCIA?

Para interpretar una sentencia hay que tener en cuenta algunas particularidades del derecho judicial que la diferencian frente a la costumbre o el derecho legislado:

²⁴⁹ Véase sobre este debate: GUÍO CAMARGO, Rosa Elizabeth. "El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana". En: *Studiositas*, Universidad Católica de Colombia, Vol. 4, n.º 3, pp. 65-81.

Las normas de origen judicial no se encuentran formuladas de manera expresa y concluyente como la letra de la ley. En algunos casos las normas de origen judicial se formulan de forma explícita por la jueza o el juez que profiere la sentencia, empero, no siempre es así y puede ser necesario extraerla para efectos de aplicarla a casos futuros.

El derecho judicial ofrece razones para adoptar decisiones. A pesar de que se pudiera formular una regla específica en el marco de una sentencia o que se tomé una decisión concreta en un sentido determinado, siempre tendrán importancia las razones que sirvieron de sustento o que motivaron en forma suficiente la decisión.

Las razones o argumentos que proporciona el derecho judicial se presentan como normas controlantes respecto de hechos, así pueden aplicarse a casos similares. Las razones para decidir no pueden escindirse de los hechos sobre los cuales se aplican, aunque puedan dejarse de lado algunas particularidades del caso (por ejemplo los nombres de las personas, los lugares, etc.) el patrón fáctico que contiene los supuestos de hecho jurídicamente relevantes no puede separarse de dichas razones.

Considerando estas particularidades es preciso notar que analizar una sentencia no es lo mismo que realizar una *línea jurisprudencial*. Si bien es cierto que en ocasiones las sentencias expresan de forma explícita la *línea jurisprudencial* que siguen, en otros casos mediante esa misma reconstrucción se puede reformular en términos analógicos o conceptuales la *línea jurisprudencial*. Por lo tanto, realizar una *línea jurisprudencial* es tener en cuenta la dinámica decisional de varias sentencias, el campo decisional, mientras que analizar una sola sentencia es describir con la mayor fidelidad el trabajo realizado por juezas y jueces.

A continuación se desglosan las partes de una sentencia en aras de facilitar su interpretación, conocer aquellos segmentos que resultan vinculantes y obtener herramientas analíticas que permitan fallar casos similares en el futuro respetando el principio de igualdad, ya que, cuando se trata de precedentes judiciales no basta con saber leer el final de la sentencia (la parte resolutiva o *decisum*) es necesario conocer las razones en que se apoya. Esto es así porque la fuerza vinculante no radica en la decisión o parte resolutiva sino en la estructura o razones con las cuales se contestó la pregunta jurídica central y es sobre esta donde se establece el juicio de igualdad de trato o efecto interparés.

4.3.1. Los (as) sujetos (as) jurídicos (as)

Identificar con claridad los(as) sujetos(as) jurídicos(as) que se relacionan en una sentencia es uno de los aspectos principales para poder interpretarla. Es necesario observar los argumentos que se esgrimen por cada interveniente y la manera en que son acogidos o desechados en la argumentación de la autoridad judicial. Del mismo modo, se precisa su identificación a fin de comprender quiénes son los destinatarios de la decisión, cuáles sus características y su posición en el marco de la narrativa fáctica.

Conocer con claridad los(as) sujetos(as) jurídicos(as) permite ver la forma en que los efectos de la sentencia se proyectan y con base en qué razones estos se limitan o pueden llegar a extenderse en casos análogos: “La mención exhaustiva de las partes está en función de los efectos de cosa juzgada del fallo, a fin de saber a quiénes concierne lo decidido”²⁵⁰.

Por ejemplo, en el Sistema Penal Acusatorio las víctimas como sujetos(as) han venido obteniendo espacios procesales para actuar, esta posibilidad era remota en tanto se privilegiaba el carácter adversarial del sistema y se consideraba que sus espacios eran reducidos para la intromisión de otras partes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia contribuyó a su participación en el marco de los procesos penales, así, identificar con claridad a las víctimas como intervenientes y los momentos en que puede ser parte tienen efectos sobre la manera en que se construirán los problemas jurídicos en la sentencia y la resolución final del caso.²⁵¹

Los sujetos por tanto, no hacen referencia de forma precisa a sus nombres o el detalle de si son demandantes o demandados. El acento se sitúa en las categorías que ostentan para el derecho y que son comúnmente determinantes para la construcción de la respuesta jurídica. Por ejemplo: Niño, indígena, madre cabeza de hogar, desplazado, pensionado, funcionario público, entidad del orden nacional, EPS, etc. Como se observa estas condiciones cambian el resultado del análisis jurídico, pues no se resuelven de la misma forma en presencia o ausencia de tales

²⁵⁰ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Estructura de la Sentencia Judicial. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2008, pp. 194-195.

²⁵¹ La bibliografía sobre el particular es extensa, en forma indicativa véase por ejemplo: MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. “Actuaciones de las víctimas como sujetos procesales en el nuevo sistema penal acusatorio”. En Prolegómenos. Derechos y valores. Vol. XIII, Núm. 26, julio-diciembre, 2010, pp. 11-28.

categorías, pues no solo suelen establecer condiciones específicas de ponderación, sino que además establecen campos normativos especiales, dada la existencia de regulaciones en estas materias.

4.3.2. Los hechos

El latinismo “*Da mihi factum dabo tibi jus*”²⁵² expresa el automatismo con el que se supone se ejecuta la función judicial bajo el presupuesto de que juezas y jueces conocen el derecho (*iura novit curia*). No obstante también expresa el material jurídico que restringe el razonamiento y el ámbito de la decisión judicial. En efecto, la sentencia contiene las circunstancias en las que se ven envueltos(as) los sujetos(as) jurídicos(as), ellas deben ser analizadas y descompuestas por parte de juezas y jueces para observar si encajan dentro de los supuestos de hecho normativos dentro de los que es legítimo aplicar un conjunto de normas jurídicas de orden legislativo o jurisprudencial.

Determinar con claridad los hechos materiales del caso es uno de los aspectos más importantes para conocer la forma en que se aplican los principios y derechos. El material normativo es adecuado mediante la interpretación judicial según las situaciones que se presentan en su consideración. Esto permite el trato analógico de los casos futuros, o sea, la aplicación de las normas específicas generadas por juezas y jueces a casos similares en respeto del derecho fundamental a la igualdad. Sin embargo, este ejercicio de aplicación requiere fundamentarse en razones suficientes y razonables, dado que estos son también materia de interpretación, ya que estos pueden elegirse conforme a la estructura del proceso interpretativo o círculos hermenéuticos del mismo, como se explicó en la primera parte de esta obra.

En efecto, juezas y jueces son quienes fijan los hechos jurídicos en la narración que de ellos hacen en la sentencia. Esta descripción de los hechos está orientada por las normas jurídicas que soportan la decisión y solo en esa medida adquieren la relevancia jurídica para adoptarla. Un ejemplo sencillo: consideremos los siguientes “hechos brutos”: “en el transporte masivo de la ciudad un hombre toca las nalgas de una mujer y desprende su sostén a la fuerza, algunos espectadores observan atónitos la escena mientras el hombre exhibe su pene y la mujer grita pidiendo auxilio”. Ahora consideremos dos tipos penales, por un lado el de acto sexual violento: “Artículo 206. *Acto sexual violento*. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de

²⁵² Dame los hechos y te daré el derecho.

ocho (8) a dieciséis (16) años"; y por otro lado, el de injuria por vía de hecho: "Artículo 226. *Injuria por vías de hecho*. En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravia a otra persona". Los "hechos brutos" solo adquieren relevancia jurídica a la luz de la interpretación y la descripción con autoridad que los "fije" en la sentencia.²⁵³

Así, podría pensarse que la fijación de los hechos jurídicamente relevantes conduzca a considerar el contenido sexual de los tocamientos no consentidos como un acto sexual violento (como lo consideran algunas organizaciones de mujeres) o a considerar que la fuerza ejercida sobre la víctima conduce a tener el delito como una injuria por vía de hecho²⁵⁴. En cualquier caso, la reconstrucción de los hechos realizada por las partes y la que la propia jueza o juez realiza delimita el campo interpretativo con respecto a las normas y la jurisprudencia a tener en cuenta, y a la hora de plantear el problema jurídico por resolver. Aunque pueda parecer obvio, con el ejemplo planteado juezas y jueces ya se encuentran restringidos para identificar las normas aplicables (parece claro que no se recurriría al tipo penal de homicidio), a las decisiones que debe considerar (decisiones similares de la Corte Suprema de Justicia sobre hechos similares o sobre la interpretación de los tipos penales así como de la Corte Constitucional sobre el ajuste a la Constitución de los mismos), en ese mismo sentido se encontrará restringida su decisión y ello servirá de garantía tanto a la seguridad jurídica como a la igualdad.

En términos formales, se recomienda presentar los hechos enumerados en la sentencia, esto por razones de orden, aunque no siempre se haga resulta útil para efectos de citarlos en el marco del mismo proceso o incluso en términos académicos. Habitualmente están clasificados en orden cronológico, la manera más sencilla de presentar el relato judicial, y regularmente su clasificación permite clarificarlos, presentarlos en los términos más llanos posibles. Por último, su

253 De ahí que en algunos análisis del derecho se critique que en el ámbito judicial importe más "el discurso de los hechos que éstos en sí mismos". CUBELLS SERRA, Jenny e IÑIGUEZ RUEDA, Lupicinio. "La construcción de hechos en el discurso jurídico: análisis del caso de los «robos en cajeros automáticos de la ciudad de Barcelona»". En Revista Española de Investigación Criminológica. Artículo 4, Núm. 6, 2008, p. 6

254 Sobre el debate particular en torno a estos dos tipos penales puede verse: GIRALDO OSORIO, Ana María y SIERRA ARANGO, Andrés Felipe. "Acto sexual violento vs. injuria por vía de hecho". En Revista Cultura Investigativa. Revista virtual de semilleros de derecho. Núm. 1, noviembre, 2010, pp. 43-49; AA.VV. "Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas". Corporación Humanas. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Bogotá, 2010.

selección en razón a su importancia o relevancia jurídica se realiza mediante el planteamiento del problema jurídico por resolver²⁵⁵. Veamos tres ejemplos:

a) Sentencia del Consejo de Estado:²⁵⁶

“LIZARDO ANTONIO RESTREPO PUERTA ingresó a laborar en el municipio de Medellín bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios en forma sucesiva desde el 5 de febrero de 1999 hasta el 4 de marzo de 2000, como vigilante-celador en diversas instalaciones educativas adscritas a la Secretaría de Educación y Cultura de Medellín.

La labor encomendada fue ejecutada de manera personal, bajo la continuada subordinación y dependencia, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo el horario de trabajo estipulado de 6:00 a. m. a 6:00 p. m. y de 6 p. m. a 6 a. m., laborando 12 horas diarias incluidos dominicales y festivos sin que se haya presentado queja alguna o llamada de atención y percibió un salario por sus servicios.

Por lo anterior, afirma que solicitó a la entidad el reconocimiento de las prestaciones sociales, petición que fue negada mediante los actos administrativos demandados”.

b) Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura:²⁵⁷

“Según informe militar, el batallón contraguerrilla n.º 57 de Mártires de Puerres, adelantó misión táctica de neutralización el 26 de septiembre de 2007, con el equipo de contraguerrilla atacador n.º 6, ubicado en el puesto de mando del Batallón Ayacucho; el objetivo de la orden de trabajo derivó de la información de presencia de 12 terroristas presuntamente pertenecientes a bandas criminales al servicio de las FARC, los cuales estaban extorsionando, cobrando vacunas y amenazas de secuestro a los habitantes de la región.

²⁵⁵ IBÁÑEZ JIMENO, Blasco. “El problema jurídico: importancia y ayudas para su correcto planteamiento”. Revista de Derecho. Universidad del Norte, n.º 2, 1993, p. 78.

²⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C. P.: Alfonso Vargas Rincón. Mayo 2 de 2013. Radicación: 050012331000200403742 01, Número Interno: 2027-2012.

²⁵⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, M. P.: Wilson Ruiz Orejuela, 8 de mayo de 2013, Radicación: 110010102000 2008 02355 01.

El 29 de septiembre de 2007 la mencionada tropa llega a la finca Piamonte, se organizó un puesto de observación y aproximadamente a las 20:00 horas apareció un vehículo, de donde se bajaron dos individuos que caminaron hacia los uniformados y comenzaron a atacar con armas de fuego a los soldados del Ejército, quienes en ejercicio del derecho de defensa, respondieron al ataque.

Cuando avanzaron en la búsqueda de los sujetos para darles captura, encontraron sin vida a uno de ellos y en la madrugada del 30 de septiembre de 2007 en ejercicio del reagrupamiento, mientras descendían de la montaña, hallaron un cuerpo sin vida del otro individuo; se estableció que uno de los occisos portaba arma de fuego, pistola 9mm, con dos proveedores y 15 cartuchos.

Por los anteriores hechos el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar inició investigación previa. Sin embargo, la Fiscalía 21 Especializada de Manizales, solicitó al mencionado juzgado remitir el expediente, por cuanto, en su sentir, la jurisdicción ordinaria, era la competente para conocer del asunto, solicitud que fue negada por el juez penal militar.

Esta Sala, mediante providencia del 24 de marzo de 2009, M. P.: doctora JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ, radicado 110010102000 2008 02355 00, resolvió el conflicto positivo de jurisdicciones, asignando la competencia a la Jurisdicción Penal Ordinaria, representada en ese momento, por el Juez de Control de Garantías de Neira (Caldas).

No obstante, en la Audiencia de Formulación de Acusación, llevada a cabo el 23 de enero de 2013 en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, los defensores de confianza de los procesados impugnaron la competencia de la Jurisdicción Penal Ordinaria para continuar con el proceso penal, con fundamento en el Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012, precisando que existe en la actualidad un régimen constitucional distinto que establece que los hechos investigados en el caso concreto, son de competencia de la Justicia Penal Militar, circunstancia que, en su sentir, modifica la competencia”.

d) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia:²⁵⁸

“El 4 de febrero de 2002, el Teniente Coronel José Fernando Mejía Araújo, Comandante del Batallón de Infantería n.º 34 “Juanambú”, perteneciente a la Décima Segunda Brigada del Ejército Nacional, presentó denuncia penal ante el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar, relatando que el 22 de enero del mismo año, a eso de las 12:30 horas, el COT de su unidad reportó que la Compañía “Atacador”, acantonada como base militar en el municipio de Solita, departamento del Caquetá, al mando del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, se encontraba en combate con integrantes de un grupo armado al margen de la ley, específicamente con el Puesto Avanzado de Combate (PAC) de Los Pinos, al mando del Cabo Segundo MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ, y conformado por los soldados profesionales WILSON RAMOS SOTO, JAMES TORO PABÓN, ROBERTO MARÍN MENÉNDEZ, JOSÉ SÁNCHEZ MENDOZA, RUBÉN POLANÍA CABRERA, ABEL PABÓN URIBE y REIBINSON GARCÍA SARMIENTO.

Señala que al cabo de aproximadamente una hora después, el comandante de la Compañía, CT. MUÑOZ PLAZA, le informó que la situación se hallaba controlada, pero que habían sido dados de baja tres integrantes del grupo armado ilegal, por lo cual le impidió instrucciones para que en horas de la mañana se hicieran las gestiones para el levantamiento de los cadáveres y los trámites de rigor.

Sin embargo, se estableció que en realidad las víctimas, que fueron identificadas como Édgar Reinaldo Valencia, Robinson Cortés y Juan José Herrera Gutiérrez, habían sido retenidas y permanecieron durante el día del 22 de enero de 2002 en un hueco que estaba siendo adecuado para búnker en las instalaciones de la base, lugar del cual fueron sacados en horas de la noche, amarrados de las manos y con cinta pegante en sus bocas, para ser conducidos hasta el sector de “Los Eucaliptos”, cerca al antiguo cementerio del municipio de Solita, donde la tropa al mando del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA les disparó, dándoles muerte”.

4.3.3. El problema

La relación que existe entre los hechos, los (las) sujetos(as) jurídicos(as) involucrados(as) y los materiales normativos es lo que permite delimitar la pregunta

²⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez, 6 de mayo de 2009, Aprobado Acta n.º 127.

que juezas y jueces tratan de resolver en la sentencia. En todas las sentencias juezas y jueces debe plantearse un interrogante central que vincula los sujetos, los hechos del caso, con las normas jurídicas. Sin esta relación entre hechos, sujetos y normas la cuestión pierde relevancia práctica para orientar la búsqueda de una solución jurídica. Esta solución jurídica es la respuesta al problema, la hipótesis que juezas y jueces sostienen para poner fin al litigio o a la discusión.

No obstante, en la sentencia pueden plantearse varios problemas jurídicos, solo existe uno que es el centro del análisis jurídico. En muchas ocasiones se plantea esta pluralidad o bien porque se elaboran problemas relacionados con *el obiter dicta*, o razones de soporte, pero no principales de la sentencia, o bien como una estrategia pedagógica del magistrado. Por ello, se observa que se presentan algunos problemas que se resuelven previamente por juezas y jueces y tienen un contenido más abstracto o más concreto según los hechos que se evalúen. Por ejemplo, el problema principal que juezas y jueces valoran previamente (antes de plantear el problema jurídico de la sentencia) consiste en identificar las normas jurídicas que resultan aplicables según la narrativa fáctica planteada. Aquí juega un papel importante el *precedente*, ya que, como las normas jurídicas de origen legislativo no contemplan todos los supuestos de hecho y, a su vez, para unos mismos hechos pueden resultar aplicables varias normas jurídicas, este problema de encuadre inicial puede ser resuelto acudiendo a los casos fallados por otras juezas y jueces o por las Altas Cortes. Así, la textura abierta de las normas jurídicas de origen legislativo se ve clarificada y concretada mediante las normas jurídicas de origen judicial.

Entonces, el problema jurídico se contrae a la relación entre sujetos, hechos y normas jurídicas relevantes, a la manera en que se aplican y permiten diferenciar lo prohibido y lo permitido, lo legal e ilegal, lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer, para resolver con autoridad una situación particular. Litigantes y asesores siempre tratan de persuadir a juezas y jueces en relación con los hechos relevantes y las normas aplicables, es decir, por la relación entre estos que determina la cuestión principal del proceso. Estos argumentos pueden ser tomados por juezas y jueces para adoptar la decisión si se presentan en forma razonable, empero, a ellas y ellos corresponderán el planteamiento del problema jurídico. Según los hechos vistos en el numeral anterior, podemos señalar como ejemplos los siguientes problemas jurídicos:

- a) El Consejo de Estado se planteó un problema jurídico en su formulación más básica:

"El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente asunto entre el actor [un vigilante] y el municipio de Medellín se configuró una relación laboral, legal o reglamentaria a pesar de su vinculación mediante contratos de prestación de servicios y en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los empleados".

- b) El Consejo Superior de la Judicatura mantuvo una formulación sencilla, más formal y menos elaborada en relación con el problema jurídico del Consejo de Estado:

Problema jurídico y metodología a seguir para resolverlo.

Le corresponde a esta Sala determinar la jurisdicción competente para conocer de la investigación penal en contra de los soldados contra (sic) ROBINSON JAVIER GONZÁLEZ DEL RÍO, RUBIO JAIRO TÚQUERRES, MANUEL ALEJANDRO PARRA ESTUPIÑÁN y EDWIN JAVIER MADROÑERO QUEMBA por el presunto delito de homicidio en persona protegida.

Para resolverlo la Sala analizará: I. la jurisprudencia y normatividad sobre el derecho a un tribunal competente; II. Los elementos y estructura del fuero penal militar y, III. El caso concreto, bajo el anterior eje conceptual.

Debe notarse que los hechos jurídicamente relevantes ya han sido procesados en términos jurídicos como "el presunto delito de homicidio en persona protegida".

- c) Finalmente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no presenta explícitamente el problema jurídico que busca resolver sino que entra a formular la forma en que le da solución en las consideraciones. No obstante, en términos materiales, analizando en términos globales la argumentación de la Corte y los argumentos de la demanda de casación, podría formularse un problema jurídico similar al anterior, así:

¿Cuál es el juez natural al que corresponde fallar la acción del CT. JOSÉ MAURICIO MUÑOZ PLAZA, al CS. MARINO ALEXÁNDER ERASO GÓMEZ y a los soldados profesionales ROBERTO ANTONIO MARÍN MENÉNZ, ABEL PABÓN URIBE, WILSON RAMOS SOTO, RUBÉN DARÍO POLANÍA CABRERA, REIBINSON GARCÍA SARMIENTO, JAMES TORO PABÓN y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ MENDOZA (integrantes activos del Ejército) que consistió en capturar a ÉDGAR REINALDO VALENCIA, ROBINSON CORTÉS (apodado "El Mocho") y JUAN JOSÉ HERRERA GUTIÉRREZ (civiles), quienes fueron retenidos, luego se les dio muerte con armas de fuego y al día siguiente presentados como bajas en un operativo militar?

Un último elemento que vale la pena señalar; es que las sentencias de control abstracto ya sean de constitucionalidad o de legalidad, suelen tener una elaboración más general que las demás. Es lógico, dado que en la mayoría de ocasiones estas no tienen sujetos relevantes y los hechos son inexistentes, pues no se pretende determinar una condición fáctica, sino la legalidad o constitucionalidad de una norma. Esto no modifica lo señalado aquí, salvo para resaltar que es normal la ausencia de estos elementos, y que el problema por tanto, también tendrá un grado mayor de abstracción.

4.3.4. La *ratio decidendi* o subregla: la fuerza vinculante

La fuerza vinculante del *precedente* se encuentra en aquellas razones que sirven de base para tomar la decisión y tienen efectos directos sobre esta, siendo imprescindibles para comprender la forma en que se decide. En este sentido se trata de argumentos con la mayor lógica y razonabilidad que ofrecen la respuesta más viable para fallar en concreto. Comprender esto implica a) conocer el significado y la forma en que opera la *ratio decidendi*, b) distinguir la *ratio decidendi* de otras partes de la sentencia y, c) identificar la *ratio decidendi* tanto en términos formales como en términos materiales.

4.3.4.1. El significado operativo de la *ratio decidendi*

La respuesta a la pregunta planteada como problema suele denominarse razón de la decisión, razón suficiente, *ratio decidendi* o subregla. Se caracteriza porque consiste en una solución jurídica limitada por los patrones fácticos que especifica el escenario de aplicación de un principio o derecho. A pesar de que el razonamiento judicial desarrollado en la sentencia se apoye en argumentos de carácter general, la subregla hace relación a la conclusión de la argumentación aplicada a los sujetos, normas y hechos, y sirve de sustento determinante a la decisión adoptada. Se trata de la conclusión final que se extrae y permite fallar el caso concreto, de ahí la importancia de los hechos de este, pues como señala GOODHART: "El divorcio entre la conclusión y los hechos materiales sobre los que se basa dicha conclusión es ilógico, y da dar lugar a resultados arbitrarios e irracionales"²⁵⁹.

Esta parte de la sentencia es la que está llamada a presentarse como vinculante para la decisión de casos futuros. Ello se explica en la medida en que la subregla

²⁵⁹ GOODHART, Arthur L. "Determining the Ratio Decidendi of a Case". En The Yale Law Journal, vol. 40, n.º 2 Dec., 1930, p. 169. [Traducción propia].

como norma jurídica específica delimitada por los hechos, debería aplicarse de forma uniforme y no en forma dispersa y arbitraria, de esa manera se garantiza la seguridad jurídica (predecibilidad relativa) y el principio de igualdad de trato en circunstancias similares.

De esta manera ha sido comprendida por parte del Consejo de Estado al precisar que:

“(...) ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la *ratio decidendi* de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha *ratio decidendi* se define como el fundamento jurídico normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutiva, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. (...) la obligatoriedad de aplicar la *ratio decidendi* de un precedente a un caso pendiente de resolución, depende de que los supuestos de hecho y de derecho de los dos casos sean similares, y de que la postura jurisprudencial que consta en el precedente no haya sido cambiada o haya evolucionado hacia una postura distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación²⁶⁰.

4.3.4.2. La diferencia entre ratio decidendi, obiter dicta y decisum

El valor normativo de los precedentes judiciales no se encuentra en todas las partes de la sentencia sino en la *ratio decidendi*, una expresión sistemática del juicio que permite aplicar normas generales a casos particulares generando reglas específicas en dicho razonamiento. Un buen camino para comprender lo que esto significa es distinguiendo qué no es la *ratio decidendi*, dado que ya se ha anunciado lo que significa y la manera en que opera.

La *ratio decidendi* no es un concepto general y abstracto expuesto en la sentencia que no se relaciona directamente con el problema planteado o no da respuesta efectiva. A estos conceptos corresponde la acepción *obiter dicta*, es decir, a aquellos argumentos secundarios que sirven para persuadir en el marco de la argumentación hecha en la sentencia, empero, que no resuelven de fondo el asunto.

²⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, 11 de diciembre de 2013, Radicación n.º 11001 03 25 000 2013 00645 00 (1280-2013). M. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Citando la interpretación de Bernal Pulido sobre la definición de este tópico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede leerse: “*Obiter dicta* o «dichos de paso»: la Corte los define como una parte de la sentencia que “no tiene poder vinculante, sino una «fuerza persuasiva» que depende del prestigio y la jerarquía del tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación”. Los *obiter dicta* son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso”²⁶¹.

La *ratio decidendi* tampoco es simplemente la parte resolutiva de la sentencia, la cual generalmente expresa la decisión concreta que se adopta, por ejemplo:

“Declarar que la competencia para conocer de la investigación y juzgamiento contra ROBINSON JAVIER GONZÁLEZ DEL RÍO, RUBIO JAIRO TÚQUERRES, MANUEL ALEJANDRO PARRA ESTUPIÑÁN y EDWIN JAVIER MADROÑERO QUEMBA, corresponde a la Jurisdicción Penal Ordinaria”.

Esta parte es conocida con la acepción *decisum*, pero al no proporcionar información sobre las razones que llevaron a adoptarla no puede operar como un referente para el futuro. La excepción estaría en las providencias de la Corte Constitucional que atribuyen efectos *erga omnes* a sus providencias, en las cuales el *decisum* plantea modulaciones a la interpretación de las normas jurídicas o también la conocida “Cláusula Angarita”²⁶².

Para resumirlo en términos de la Corte Constitucional:

“En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación”²⁶³.

261 BERNAL PULIDO, El derecho..., p. 177 (Cursivas en el original).

262 Sobre la Cláusula Angarita véase la Unidad 4.

263 Corte Constitucional, Sentencia SU-1300 de 2001 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

4.3.4.3. La ratio en sentido formal y la ratio en sentido material

Pueden distinguirse dos tipos de concepciones sobre la *ratio decidendi*: formal y material. En sentido formal, la *ratio* hace referencia a “enunciados y argumentos que expresamente hace el juez anterior”²⁶⁴. Es decir, a la formulación explícita de la subregla que viene a controlar la situación fáctica y a definir directamente el sentido de la decisión. En sentido material, la *ratio* indica la “racionalización ulterior de la sentencia por parte del juez que decide el caso nuevo”²⁶⁵. En este sentido, Bernal Pulido señala: “la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente. Esta es una consideración básica que se deriva de la estructura de derecho como una praxis jurídica compleja. Solo el juez posterior puede evaluar cuáles fueron las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores”²⁶⁶.

Conviene precisar que la concepción formal de la *ratio decidendi* impone a juezas y jueces la necesidad de esforzarse porque la resolución del caso sea universalizable a casos similares, sin que por ello se caiga en el extremo de obligarlos a formular una regla concluyente como las normas de origen legislativo. En esa dirección la *ratio* explícitamente enunciada en la sentencia puede convertirse en un *precedente*, pues presenta de la forma más racional los argumentos que sirven de base a la decisión y que para ciudadanas y ciudadanos son relativamente predecibles. De modo que, en principio, esta es la *ratio* que debe ser tenida en cuenta por razones de seguridad jurídica, corrección en términos argumentativos y buena fe: “es razonable que los operadores jurídicos y los ciudadanos, en desarrollo del principio de buena fe, orienten sus actuaciones con base en la «subregla» que fue asumida explícitamente por el propio juez como la base normativa de su decisión”²⁶⁷.

Sin embargo, ello no implica que la regla formulada se petrifíque solo por el hecho de aparecer enunciada en forma explícita en la sentencia:

“(…) un juez no puede escoger libremente cuáles son los apartes de su sentencia que configuran la *ratio decidendi*, que vincula como precedente a los jueces posteriores. Y no puede ser de otra forma, pues si se permitiera que los jueces y tribunales pudieran definir libremente cuál aparte de

Fundamento Jurídico n.º 2.2.

264 LÓPEZ MEDINA, El derecho..., op. cit., p. 116.

265 *Ibid.*

266 BERNAL PULIDO, El derecho..., op. cit., p. 179.

267 UPRIMNY, et al., Libertad..., op. cit., p. XXV.

su decisión es la *ratio decidendi*, entonces se desnaturalizaría el sistema de precedentes, pues se perderían las razones que justifican la fuerza vinculante de un precedente en una democracia constitucional respetuosa del principio de igualdad (...)"²⁶⁸.

Empero, la *ratio* en sentido formal sí constituye un límite para juezas y jueces posteriores, pues se encuentran ante un escenario en el que deben justificar con una mayor carga argumentativa si la formulación explícita realmente definió el caso o se trató simplemente de una *obiter dicta* encontrándose la verdadera *ratio* en otros elementos de la sentencia. En caso de que no se cumpla con esta carga argumentativa es necesario que se siga la *ratio* formal.

"(...) la fuerza vinculante del precedente en una democracia constitucional como la colombiana tiene varias consecuencias sobre la argumentación y motivación de una decisión judicial:

- De un lado, si el nuevo caso se asemeja a un precedente, pero un análisis muestra con claridad que los hechos materiales son distintos, y que la subregla explícitamente formulada en la sentencia anterior no es aplicable, el juez no tiene que hacer una justificación especial para no seguir la doctrina establecida en el precedente, por la sencilla razón de que esta no lo vincula. Basta simplemente que el juez muestre que los dos casos son distintos.

- En segundo término, si el nuevo caso cae bajo la subregla formulada explícitamente por la sentencia anterior, pero el juez que debe decidir el nuevo conflicto considera que esta fue mal formulada, entonces la exigencia argumentativa sobre el nuevo juez para no aplicar el precedente es mayor. Según mi parecer, las consideraciones de seguridad jurídica, en el caso de los precedentes verticales, y la búsqueda de racionalidad en las decisiones judiciales,

268 Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, Aclaración de Voto del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento Jurídico n.º 6.

en el caso de los precedentes horizontales, exigen que deba presumirse que la subregla expresamente formulada en la sentencia previa constituye verdaderamente la *ratio decidendi* de la decisión anterior, y es por ende vinculante. Por consiguiente, si el nuevo juez considera necesario apartarse de esa subregla, sin recurrir a un cambio jurisprudencial explícito, tiene la carga argumentativa de destruir esa presunción, y mostrar convincentemente que la sentencia anterior se equivocó al formular la subregla, y que la verdadera razón de la decisión era otra. Este replanteamiento o rectificación jurisprudencial es muy exigente, pues no basta con señalar que los hechos relevantes (en las tutelas o las controversias civiles o penales), o los cargos y problemas discutidos (en las acciones de constitucionalidad y nulidad), son distintos; el nuevo juez debe demostrar que el caso anterior podía ser decidido de la misma forma con una subregla distinta, y que esta subregla alternativa es más adecuada a los principios y reglas del ordenamiento que aquella que fue originariamente formulada por el juez que tomó la decisión anterior.

- Finalmente, si el nuevo caso cae bajo la subregla formulada en la sentencia anterior, y resulta imposible reformular la *ratio decidendi* de ese caso, entonces la exigencia argumentativa sobre el nuevo juez para no aplicar el precedente es máxima, pues la única alternativa es un cambio jurisprudencial, que es siempre un remedio extremo. Además, por consideraciones de jerarquía judicial y del sistema de fuentes, en ciertos eventos y ordenamiento es incluso imposible apartarse de un precedente. Por ejemplo, en Estados Unidos, ningún juez puede cambiar un precedente de la Corte Suprema, el cual solo puede ser modificado por la propia Corte Suprema". (Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Aclaración de Voto del Magistrado Rodrigo Uprimny Yépes, Fundamento Jurídico n.º 12).

Continuando con los problemas jurídicos planteados en el acápite anterior, es posible extraer la *ratio decidendi* de las sentencias en la siguiente forma:

a) ***Ratio decidendi* del Consejo de Estado**

Recordemos que en este caso se trataba de establecer si existía relación laboral o contrato de prestación de servicios entre un vigilante y un municipio. En este caso el Consejo de Estado confirma el *precedente* mediante la transcripción de la *ratio decidendi* de una providencia anterior y son estas las razones suficientes que aplica al caso que estudia:

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez. Para mayor ilustración resulta pertinente transcribir los aportes de mayor relevancia jurídica de tal sentencia:

1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.

2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el estatus de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

Igualmente la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración solo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Cada una de estas situaciones, según la decisión de la Sala Plena, “es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, razón por la cual, surge como corolario obligado que los conflictos de interés que aparezcan deben medirse con la normatividad pertinente, que no es por un mismo rasero...”.

Ahora bien, en el asunto resuelto en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, anteriormente mencionada, se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico. A continuación y teniendo en cuenta que el presente proceso cuenta con las mismas características, se harán las siguientes precisiones:

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el contrato y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara.

La comparación le permitió a la Corte establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de estas.

Asimismo, que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (artículo 53 Constitución Política).

Estas consideraciones son aplicadas al caso de la persona que se desempeñaba como vigilante, indicando que dicha labor debe prestarse en forma permanente y exige la presencia continua de la persona, por lo cual decide confirmar la decisión del *ad quem* en el sentido de declarar la nulidad de las resoluciones que negaron el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y reconocer el derecho a dichas prestaciones.

Con todo, en términos materiales puede formularse la siguiente subregla que concreta el significado del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (Art. 53 C. P.) y condensa la fuerza vinculante de dicha sentencia para casos futuros similares:

Los vigilantes-celadores que suscriben contrato de prestación de servicios con una entidad pública tienen derecho al pago de las prestaciones sociales, pues la actividad de vigilancia exige continuada subordinación y dependencia para ofrecer seguridad a la entidad en forma permanente, por lo cual se configura una verdadera relación laboral.

b) *Ratio decidendi del Consejo Superior de la Judicatura*

En este caso, a pesar de que el Consejo Superior cite jurisprudencia nacional e internacional para desarrollar tres temas que le permiten inferir su decisión, a saber el asunto del tribunal competente y los elementos y la estructura del fuero penal militar, no establece en forma explícita una subregla de derecho que pueda ser transcrita como en el caso del Consejo de Estado; sin embargo, en términos materiales concreta el principio de juez natural y podría ser reconstruida de este modo:

En casos en los cuales integrantes de las fuerzas militares cometan homicidios y exista duda con respecto a su relación con el servicio en la medida en que las víctimas pueden ser civiles según las pruebas que obren en el proceso, se está ante un presunto delito de gravedad inusitada (como los crímenes de lesa humanidad) por parte de integrantes de las fuerzas militares, el cual no puede considerarse relacionado con el servicio, siendo la jurisdicción común la competente para investigar y juzgar.

c) *Ratio decidendi de la Corte Suprema de Justicia*

La Corte Suprema de Justicia, en el ejemplo que se viene trabajando, ordena su argumentación en cuatro partes: a) aspectos generales y específicos del fuero penal militar y su ámbito de aplicación; b) principio del juez natural y su relación con el debido proceso; c) análisis del caso concreto; y d) efectos de la violación demandada. De la primera parte se pueden extraer los siguientes apartados relevantes, no obstante, ellos pueden ser considerados como *obiter dicta* en tanto se trata de argumentos de soporte que no condensan en forma sistemática la razón de la decisión:

EJEMPLO DE OBITER DICTA:

La Justicia Penal Militar está reservada exclusivamente para investigar y juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan cometido delitos castrenses, lo cual excluye las violaciones graves de los derechos humanos, entendiendo por estas toda acción u omisión que vulnere o amenace severamente alguno de los derechos fundamentales enunciados en los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conductas de las cuales conocerán siempre los jueces ordinarios.

El concepto de “delitos relacionados con el servicio” excluye cualquier conducta contraria a la función constitucional de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica–.

En caso de duda sobre la naturaleza de la conducta, será competente la justicia ordinaria.

Otro ejemplo que puede citarse como *obiter* parece condensar mayores elementos relacionados con la competencia:

“(…)siempre compete a la Fiscalía General de la Nación, de manera preferente y en primer orden, asumir la indagación preliminar de aquellas conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública que por sus antecedentes pueden ser constitutivas de una grave violación de los derechos humanos y sólo cuando la Fiscalía establezca con respecto a ellas, la existencia de los factores de carácter subjetivo y funcional que justifican el reconocimiento del fuero instituido por el artículo 221 de la Carta, podrá remitir la actuación a esa autoridad, garantizando así el carácter excepcional y restrictivo del fuero militar(…)”.

En términos materiales y concretos podríamos reconstruir la *ratio decidendi* de la siguiente manera:

Las ejecuciones extrajudiciales cometidas por integrantes de la fuerza pública en servicio activo no pueden estimarse como actos propios del servicio; por lo tanto, la jurisdicción competente para juzgar es la ordinaria, no obstante, cuando exista sentencia en la jurisdicción penal militar existirá nulidad aplicada incluso para el auto de cierre de la investigación sin que se invalide lo adelantado en la fase instructiva.

4.3.5. Los conceptos: la dogmática jurídica

Aunque la subregla o *ratio decidendi* es la parte vinculante de la sentencia y su aplicación puede exigirse en casos futuros, los *obiter dicta* o argumentos que le sirven de apoyo pueden desempeñar un papel importante. Por lo menos tres aspectos indican que estos argumentos, tradicionalmente conceptuales, pueden desempeñar un papel importante en la sentencia como en la línea jurisprudencial:

Modificar o adoptar un significado en una sentencia puede tener implicaciones en la forma en que se resuelve el caso. En algunos eventos el significado podrá concretarse con respecto a los hechos, en otros, la vinculación puede no ser explícita. Lo anterior se explica en razón a que el significado de las normas jurídicas, así como el significado de las palabras son en parte el producto de una convención, un acuerdo o una fijación, pero con autoridad en el caso de las sentencias.

Los conceptos pueden presentarse como herramientas útiles para adoptar decisiones y debatir su significado para cambiar el curso de la línea jurisprudencial²⁶⁹.

Puede darse el caso de sentencias cuyo valor o peso esté relacionado con la retórica conceptual usada más que con la subregla que determina para resolver el problema jurídico, en ello es necesario el examen concreto de su peso.

A pesar de que los conceptos aparezcan generalmente como teorizaciones abstractas que ocupan el lugar de argumentos secundarios u *obiter dicta* en las sentencias, hacen parte de la doctrina relevante que es tenida en cuenta por juezas y jueces para ilustrar el sentido de las normas jurídicas, por eso no necesariamente deben desestimarse cuando se analiza una sentencia. Lo que sí es claro es que este tipo de argumentos no es determinante para adoptar la decisión particular y se encuentra en un nivel de abstracción que no se relaciona necesariamente con los hechos.

Un breve ejemplo puede ser el conocido caso de la Sentencia T-406 de 1992, en la cual los conceptos que se desarrollan como la separación de poderes entre los órganos del Estado, el principio de Estado social de derecho y los valores constitucionales:

269. UPRIMNY, Rodrigo; FUENTES, Adriana; JARAMILLO, Juan; BOTERO, Catalina, Libertad de..., op. cit., pp. XV-XXX.

"La Constitución esta (sic) concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales". (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992 M. P.: Ciro Angarita Barón. Fundamento Jurídico n.º 6).

Sin duda alguna esta sentencia fue pionera en la dogmática constitucional que ilustraría la función de la Corte Constitucional y por esa razón no debe dejarse de lado en el momento en el que se analiza, a pesar de que esta filosofía no tenga relación con los hechos del caso o los determine directamente.

4.4. RESUMEN ESQUEMÁTICO: LA FICHA DE ANÁLISIS

A manera de resumen se presenta a continuación una ficha de análisis como elemento que permite la sistematización de la jurisprudencia a partir de la aplicación de los elementos reseñados con anterioridad. En cada parte de la ficha se trata de sintetizar los elementos vistos en la presente unidad. Desglosar las sentencias y diferenciar cada una de sus partes, como se ha visto, constituye el primer paso para iniciar un análisis de las líneas jurisprudenciales existentes sobre un punto determinado de derecho²⁷⁰.

<i>Tipología de Sentencia:</i>	Clasificarla según su función en la línea jurisprudencial.
<i>Tipo de actuación:</i>	Determinar la clase de proceso judicial que origina la sentencia.

270 La presente ficha se basa parcialmente en UPRIMNY *et al.*, *Libertad de prensa...*, óp. cit., p. XXVIII y ss. Para ver un análisis del mismo tipo en forma de reseña analítica o sintética consultar el texto corto: CABALLERO NÚÑEZ, Julián; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Iveth y PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. "Análisis de la jurisprudencia C-836 de 2001 emanada de la Corte Constitucional". En *Justicia Juris*, vol. 9, abril-septiembre, Universidad Autónoma del Caribe, Barranquilla, 2008, pp. 63-66.

Corporación:	Identificar el juez que profiere la sentencia.
Identificación de la providencia:	Señalar la clase de providencia, Magistrado(a) Ponente y la fecha en que se profiere.
Sala de decisión:	Identificar los Magistrados(as) que conformaron sala.
Hechos:	
Resumir los hechos que son objeto de análisis en el caso particular.	
Sujetos relevantes:	
Categorías que ostentan los sujetos y que impactan la razonabilidad judicial.	
Normas relevantes:	
Conceptos o normas específicas sobre las que gira la discusión jurídica.	
Problema jurídico:	
Indicar el problema jurídico o los problemas jurídicos basados estrictamente en los hechos reseñados que se plantea el juez.	
Ratio decidendi o subregla:	
Señalar la subregla o norma controlante (especificación de un principio o derecho) que es aplicada por el juez a los hechos del caso para solucionar el problema jurídico planteado. En principio se debe privilegiar la que juezas y jueces señalen en forma explícita para salvaguardar el principio de buena fe, sin perjuicio de que esta subregla pueda ser reconstruida en perspectiva del nuevo caso que se falla.	
Doctrina relevante:	
Apuntar los conceptos doctrinarios que hacen relevante a la sentencia por reiterarse o por representar un consenso en el marco de un campo decisional. A veces la doctrina incorpora reglas de interpretación generadas por las mismas Altas Cortes que pueden ser relevantes para casos nuevos.	
Aclaraciones o salvamentos de voto:	En caso de que se presenten y se consideren relevantes para el investigador, resumir las aclaraciones o salvamentos de voto o indicar si existió unanimidad en la decisión.
Observaciones:	En este acápite conviene que el intérprete señale los puntos que considera de su interés para que nutra la parte narrativa de la línea jurisprudencial. Por ejemplo respecto a la <i>ratio en sentido material</i> .

<i>ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i> Ejercicios de análisis
-----------	--

4.5. EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA JUZGAR A LOS CONGRESISTAS ENTRE 2007 Y 2009²⁷¹

4.5.1. La historia

Un ejemplo de cambio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia puede verse en la forma en que decidió modificar el precedente en relación con los delitos cometidos por Congresistas (aforados constitucionales) y su competencia para investigarlos y juzgarlos como máximo tribunal en lo penal. Este cambio de precedente permitió el procesamiento de más de cincuenta parlamentarios y altos funcionarios del gobierno por sus vínculos con grupos paramilitares.

Desde el 18 de abril de 2007 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia empezó a sostener que no tenía competencia para juzgar a aquellos congresistas que renunciaran al fuero constitucional, pues su juez natural ya no sería la Corte Suprema sino un juez o jueza de inferior jerarquía. La Fiscalía sería la encargada de llevar a cabo la investigación en el marco del sistema penal acusatorio o, en el marco del anterior sistema, un juez o jueza de instrucción.

Según esta tesis, la Corte tampoco tendría competencia para juzgar a los Congresistas por la comisión de delitos comunes realizados con anterioridad al ejercicio de la función pública, sino solo por aquellos tipos penales cuyo sujeto calificado fuera un “servidor público”²⁷². Con base en esta posición jurisprudencial y en virtud de que la mayoría de los delitos cometidos por los congresistas en connivencia con grupos paramilitares eran de carácter común, muchos de los sindicados prefirieron renunciar al fuero constitucional para evitar que la Corte Suprema de Justicia ejerciera sobre ellos la función de investigación y juzgamiento.

271 El presente ejemplo se basa parcialmente en un capítulo de la tesis de la Maestría en Derecho-Perfil Investigativo con algunas variaciones. Véase CRUZ RODRÍGUEZ, Michael. *Las relaciones entre el poder judicial y la clase política institucionalizada 1991-2013. Tres estudios sobre independencia práctica.* Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, pp. 121-143. Disponible en <http://www.bdigital.unal.edu.co/40051/1/6701688.2013.pdf>

272 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto de 18 de abril de 2007, Rad. 26942.

Sin embargo, en 2009 se presentó un cambio de precedente de forma que la Corte Suprema asumió la competencia de todos los delitos que tuvieran relación con el ejercicio del cargo y no solo de aquellos delitos denominados propios (realizados por servidores públicos) así fueran cometidos antes del ejercicio de la función pública.

Esta posición se basó en la interpretación realizada sobre el artículo 235 de la Constitución Política; según la cual no se establece en él que las conductas a juzgar por la Corte deban desarrollarse durante el ejercicio del cargo: “sino simplemente que «tengan relación con las funciones desempeñadas», de tal suerte que resulta factible que el comportamiento o iter criminal pueda iniciarse antes de acceder a la curul y consumarse o agotarse con posterioridad a la dejación del cargo, sin que por ello se pierda la condición de aforado para efectos penales”²⁷³. Allí la Corte Suprema esgrime argumentos legítimos para apartarse del precedente para fortalecer la igualdad y la seguridad jurídica, por ejemplo, indica que el juez natural de los congresistas es la Corte Suprema de Justicia y que sostener ello es una garantía de imparcialidad y objetividad para los altos funcionarios, garantiza la autonomía e independencia judicial.

La modificación del precedente se consolidó mediante la reasunción de la competencia de aquellos procesos penales que se encontraban vigentes pero cuyos sindicados habían renunciado al fuero constitucional. Así sucedió frente al caso del exsenador Álvaro Araújo Castro, en el que la Corte sostuvo que: “una vez cesa el aforado en el ejercicio de su cargo, no deviene en forma automática el desprendimiento de la competencia respecto de los delitos comunes, pues eventualmente cualquiera que este sea, aún (sic) así puede tener nexo o relación con las funciones que el cargo antes ocupado le permitían ejercer al aforado”²⁷⁴.

4.5.2. Los problemas de la historia

La descripción del cambio jurisprudencial reseñado en el punto anterior no es clara con respecto a varios puntos que usted(es) deberá(n) establecer y que tienen relación directa con la presente unidad, por favor realice el siguiente proceso:

273 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala Penal, Auto de sustanciación, 1º de septiembre de 2009, Rad. 31.653. Se trata del proceso contra los exrepresentantes a la Cámara Édgar Eulises Torres y Odín Horacio Sánchez Montes de Oca, cuya sentencia condenatoria se profirió el 27 de julio de 2011.

274 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala Penal, reasumido el 15 de septiembre de 2009 y fallado el 18 de marzo de 2010, Rad. 27032.

- a) Ubique las providencias de la Corte Suprema de Justicia que según el relato contienen el cambio.
- b) Desglose las partes de dichas providencias. Si lo considera(n) pertinente, puede(n) usar la ficha planteada en la presente unidad o crear su propio esquema de análisis.
- c) Escriba un relato similar al anterior en el que la atención esté centrada en lo que este deja de lado: *la ratio decidendi*. En otras palabras, narre los argumentos que sirven como razones suficientes y adecuadas para legitimar el cambio jurisprudencial.
- d) Indique si encuentra otros cambios jurisprudenciales leyendo las mismas providencias, de ser así explíquelos.
- e) Socialice su relato indicando con claridad cada uno de los tópicos estudiados en esta unidad y analizados en cada providencia.

Según los elementos que se han presentado en esta unidad y basándose en su experiencia profesional señale:

- a) Cuando usted(es) lee(n) una sentencia ¿qué parte de ella observan primero? ¿Por qué?
- b) ¿Usted(es) acostumbra(n) formular en las sentencias uno o varios problemas jurídicos a resolver?
- c) ¿En su labor cotidiana es consciente de que la aplicación de las normas se realiza mediante subreglas que concretan normas jurídicas generales? ¿Hace explícita estas subreglas en las sentencias que profiere?
- d) Cuando usted(es) cita(n) una providencia de las Altas Cortes como sustento de sus propios fallos, ¿generalmente hace referencia a la *ratio decidendi* o a los *obiter dicta* de las mismas?
- e) ¿Considera que las sentencias que ha proferido a lo largo de su labor en la Rama Judicial guardan consistencia, es decir, han sido uniformes? ¿Ha cambiado de criterios? En caso afirmativo ¿por qué?

Autoevaluación**La ratio formal y la ratio material**

En la presente unidad se usaron tres sentencias, una del Consejo de Estado, una del Consejo Superior de la Judicatura y una de la Corte Suprema de Justicia. Con base en ellas se exemplificaron los hechos, la manera en que se formula un problema jurídico y la forma en que se identifica o extrae la *ratio decidendi*. En relación con la *ratio decidendi* se diferenciaron dos concepciones, una formal que debe ser observada en principio y una material que consiste en la reconstrucción de los argumentos en aras de aclarar o modificar el *precedente*.

Sin embargo, ¿realmente se presentaron la *ratio formal* y la *ratio material* en cada una de las sentencias analizadas? Es claro que en algunas se afirmó que la subregla se había enunciado de forma explícita en la sentencia, en otras, por el contrario, se hizo su reconstrucción ante la ausencia de su literalidad. El presente ejercicio busca incentivar la identificación de la *ratio decidendi*, para lo cual usted(es) debe(n):

Buscar y leer el texto completo de las sentencias mencionadas (o de algunas de ellas según lo indique el o la facilitadora).

Señale(n) si era posible extraer más problemas jurídicos e indique(n) cuál es el problema jurídico central.

En aquellas en que se transcribió la *ratio*, señalar si se encuentra(n) de acuerdo o en desacuerdo con que dicha parte de la sentencia constituya la subregla controlante del caso. La respuesta debe ser justificada.

En aquellas en las que se reconstruyó la *ratio*, deberá(n) presentar una formulación propia que puede ser distinta, en caso de que estén en desacuerdo con dicha razón, o puede coincidir con su sentido, caso en el que se debe reconstruir con otras palabras.

ae

ae

Finalmente, tenga o no la sentencia que se analice un salvamento o aclaración de voto, responda a la siguiente pregunta: ¿Sirve el salvamento de voto a la hora de identificar o extraer la *ratio decidendi* de una sentencia?

Unidad 5

SIETE PASOS PARA HACER UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL²⁷⁵

Og	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Estudiar y analizar una metodología sencilla de trabajo jurisprudencial fundada en siete pasos que permitirán construir líneas decisionales en cualquier campo del conocimiento jurídico.</p>
Oe	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <p>Presentar siete pasos de análisis jurisprudencial, explicados con base en ejemplos y contraejemplos que permitan una mejor comprensión.</p> <p>Exponer detalladamente una forma en la que es posible reconstruir un campo decisional a partir de un número relativamente reducido de sentencias según el problema jurídico que se plantea.</p> <p>Fortalecer las herramientas de análisis que permitan identificar el precedente judicial y argumentos con base en los cuales es posible aceptar y aplicar el precedente o apartarse de él.</p>

Conociendo las partes de una sentencia, los elementos que resultan vinculantes y a los cuales hay que prestar atención para fundamentar las decisiones judiciales, es necesario adentrarse en el estudio del campo decisional, es decir, de la identificación de las tendencias que presentan las decisiones judiciales en relación con un caso práctico. ¿Para qué sirve leer el campo decisional? Esta tarea es de

275 Para la construcción de los ejemplos de este apartado, el autor agradece las aportaciones de los estudiantes de la Maestría en Derecho- Profundización en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia y de la especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia en Convenio con la Universidad del Cauca. Especialmente desea agradecer a Laura Tatiana Rodríguez Parra, Diana Marcela Hurtado Devia, Diego Fernando Sánchez Polo, Diana Marcela Santacruz, Oscar Alexander Tosne, Bolívar Alexander Fuertes Figueroa y Fernando Mauricio Imbachí Bolaños.

suma relevancia para identificar los hechos jurídicamente relevantes que ameritan un trato normativo similar a la hora de la aplicación, como de las razones jurídicas que permiten hablar de dicho trato con base en la comprensión específica de las normas jurídicas, su significado y alcance²⁷⁶.

La delimitación de un campo decisional se realiza mediante el planteamiento de un problema jurídico que vincule los (las) sujetos(as) jurídicos(as), los supuestos fácticos y las normas jurídicas que en principio resultan aplicables. Las respuestas a esta pregunta de investigación se pueden caracterizar en un escenario conformado por dos polos opuestos, fuera de los cuales las decisiones judiciales tienden a considerarse ilegítimas para resolver el caso práctico, pues no encuentran sustento en ningún antecedente. Dentro de estas líneas o tendencias decisionales suelen reiterarse razones adecuadas y suficientes para aplicar las normas a un caso concreto o condensarse en una sentencia que las reúne. Allí se encuentra el fundamento de obligatoriedad de los *precedentes*.

En efecto, el *precedente judicial* es el que se revela obligatorio en la medida en que refleja de forma sistemática las normas judiciales creadas por juezas y jueces en punto a la aplicación de las disposiciones normativas y a la concrétion de su significado y alcance. Empero, no se trata de una costumbre que juezas y jueces reproduzcan por “inercia”, sino de un proceso dialéctico de razonamiento en el que juezas y jueces deben valorar y ponderar los argumentos que permiten adoptar la decisión más adecuada para resolver el caso práctico. Esto tampoco significa que dicha decisión se vuelva inamovible e inmodificable, todo lo contrario, precisamente se encuentra sujeta al reconocimiento de las decisiones anteriores y de las que actúan como referente para el futuro, de aquellas que fueron reiteradas o abandonadas en la *línea jurisprudencial* y del margen que ellas permiten para adoptar la decisión particular o apartarse de ella²⁷⁷. Lo dicho trata de resumirse en el siguiente cuadro:

276 Para el caso del derecho constitucional LÓPEZ MEDINA habla de “escenario constitucional” para significar lo mismo que en este texto se quiere expresar con la noción “campo decisional”. LÓPEZ MEDINA, óp. cit., p. 148. En un sentido similar pero desde una perspectiva crítica, KENNEDY se refiere a “campo minado” como ese ámbito en el que las posiciones de los intérpretes y las fronteras de sus decisiones se encuentran bien establecidas y el caso (dentro de ellas) favorablemente ubicado. KENNEDY, *Libertad...* óp. cit., p. 169.

277 La noción de línea jurisprudencial es aplicable a todas las jurisdicciones, no obstante, puede tomarse como ejemplo la siguiente definición en materia constitucional: “(...) la línea jurisprudencial es la teoría jurídica integral creada a través de la jurisprudencia constitucional con relación a un determinado tópico jurídico, emergente de la interpretación, integración o

<i>El origen del derecho judicial</i>	
Actos jurídicos	Hechos jurídicos
Acto voluntario	Costumbre judicial
"Sentencia"	"Jurisprudencia"
Mandato normativo particular	Acto normativo particular y singular emitido por un juez con competencias de cierre del sistema, pero generalmente sin efectos sistemáticos.
<i>Línea jurisprudencial</i>	
<p>Relaciones entre providencias judiciales que pertenecen a un mismo campo decisional en el que es posible identificar <u>tendencias</u> decisionales con respecto a la solución de casos prácticos.</p>	
<p>Las decisiones que se encuentran dentro del campo decisional se reputan legítimas pero solo es obligatorio el precedente judicial.</p>	
	
<i>Precedente judicial</i>	
<p>Normas jurídicas particulares creadas por juezas y jueces que concretan el significado y alcance de las disposiciones normativas, los principios y derechos, se trata de argumentos racionales y razonables (<i>ratio decidendi</i>) que justifican la adopción de una decisión (<i>decisum</i>), deben ser relativamente anticipables y aplicarse en forma uniforme a casos similares como referentes para el futuro.</p>	

A continuación se presentan siete pasos sencillos que permiten realizar una línea jurisprudencial para tener en cuenta *los precedentes* en la decisión judicial. La estrategia para presentar cada paso consiste en enunciar el procedimiento que implica y ofrecer ejemplos de la forma en que *no* se deben realizar, luego ejemplos de la forma idónea en que se debe llevar a cabo cada paso.

interrelación de las normas previstas en la Constitución o en las leyes para resolver un supuesto fáctico planteado en el caso concreto" RIVERA SANTIVÁNEZ, José Antonio. "La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante". En CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Comps.). Estudios al precedente constitucional. Palestra Editorial, Lima, Perú, p. 169.

5.1. PASO 1: PLANTEAR UN PROBLEMA JURÍDICO

Identificar un problema jurídico es plantear una pregunta delimitada adecuadamente en términos fácticos y conceptuales. Es necesario señalar los hechos condicionados que originan la inquietud del investigador. Aunque este no debe dejar de lado el peso que puedan tener los conceptos para la resolución del interrogante, debe hacer énfasis en el patrón fáctico. El problema jurídico marca la pista inicial por la que debe transcurrir la indagación sobre el estado del arte o estado de la cuestión, o sea, la pesquisa sobre lo que se ha dicho en la jurisprudencia con respecto a un caso práctico y concreto.

5.1.1. Cómo NO plantear un problema jurídico

No se debe dejar de lado la identificación de los (las) sujetos(as) jurídicos(as), de los supuestos de hecho o hechos jurídicamente relevantes y de las normas que en principio son susceptibles de ser aplicadas. Tampoco se deben proponer preguntas conceptuales exclusivamente, pues se pierde de vista el sentido de comprender la jurisprudencia, el cual primeramente es proporcionar soluciones a casos prácticos. Estas especialmente se evidencian con la expresión : ¿Qué es?. Recuerde que una línea jurisprudencial expresa una tendencia decisinal sustentada en la protección de trato igual constitucional, con lo cual su objeto es hacer justicia material y no responder de forma particular de significados. Es decir, una línea plantea la solución si una persona puede vender o no en el espacio público, y no, qué es el espacio público o qué es el derecho al trabajo. A las personas no les importa una solución de erudición, sino una respuesta a sus asuntos cotidianos, por ello se le considera un importante aporte a justicia material que establece el Estado social de derecho.

Los siguientes ejemplos ilustran formas incorrectas de plantear problemas jurídicos para una línea jurisprudencial:

- ¿Qué significa el objeto ilícito en materia contractual?
- ¿Es la libertad de empresa un derecho fundamental?
- ¿Es legítima la despenalización del aborto?
- ¿Qué son los aparatos organizados de poder en el derecho penal colombiano?
- ¿Qué es la reparación administrativa para las víctimas en Colombia?
- ¿La restitución de tierras es un derecho fundamental?
- ¿El derecho a la pensión puede considerarse una expectativa legítima para las personas que cotizan?

- ¿Es el contrato de promesa de sociedad solemne o consensual?
- ¿Cuál es el alcance del derecho a la libertad en un Estado social de derecho?
- ¿Son efectivas las normas laborales para eliminar las barreras de la discriminación contra las mujeres?

En estos ejemplos es palpable la ausencia de supuestos de hecho dentro de los cuales enmarcar sujetos(as) y acciones, tampoco se encuentran expresadas allí normas jurídicas que deban aplicarse enunciadas en forma canónica (artículos o disposiciones legislativas) o en forma de precedente (*la ratio decidendi* de una providencia).

5.1.2. Cómo plantear un problema jurídico

La solución de los problemas jurídicos implica la solución de problemas prácticos que llegan diariamente a los despachos judiciales, por tanto, involucran tanto los supuestos fácticos como las normas jurídicas que deben ser aplicables con el objetivo de encontrar las tendencias decisionales que concretan el sentido de estas con respecto a aquellos.

Los siguientes ejemplos ilustran formas correctas en las que se debe formular un problema jurídico:

- ¿Las trabajadoras independientes en estado de embarazo que cotizan al sistema de seguridad social en salud, pero incurren en mora inferior a un mes, tienen derecho al pago de la licencia de maternidad contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo?

En este ejemplo se puede identificar con claridad las sujetas jurídicas (trabajadoras independientes en estado de embarazo que cotizan al sistema de seguridad social), el supuesto fáctico (incurren en mora inferior a un mes en sus cotizaciones) y la normatividad que en principio debe aplicarse, que en este caso es de origen legislativo (el derecho a la licencia de maternidad contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo).

Otro ejemplo ilustrativo puede ser aquel en el que la norma jurídica no coincide necesariamente con un artículo o disposición sino con un *precedente*. Este tipo de formulaciones suelen realizarse con el objetivo de reiterar, resignificar o modificar un *precedente*, por ello se cuestiona y la respuesta puede ser la ampliación, la restricción o la reiteración de la *ratio decidendi*.

¿Contra resoluciones que declaran de utilidad pública el predio de un particular es procedente la acción de simple nulidad (Art. 84 C. C. A.) cuando la acción es impetrada por el titular del bien argumentando que en decisiones anteriores el Consejo de Estado ha permitido incoar la acción si el bien es de interés para la comunidad y puede comprometer el orden público?

Aquí se pueden desglosar nuevamente los elementos que componen el problema jurídico: supuesto fáctico (resolución que decreta de utilidad pública el predio de un particular), sujetos(as) jurídicos(as) (particular titular del bien) y norma o precedente relacionado (decisiones anteriores del Consejo de Estado en las que se permite presentar la acción en circunstancias en las que el bien es de interés para la comunidad o puede afectar el orden público).

5.2. PASO 2: IDENTIFICAR UN PUNTO INICIAL DE APOYO

Una vez se ha definido el problema ¿por dónde empezar a leer la jurisprudencia? LÓPEZ MEDINA sugiere ubicar una sentencia que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que sea la sentencia más actual o reciente que se pueda encontrar.
- b) Que dicha sentencia analice hechos similares a los que orientan el problema que se investiga en el marco de la resolución de un caso práctico. En otras palabras, que el problema y la sentencia “arquimédica” se ubiquen en el mismo campo decisional.

Hallar el punto de apoyo garantiza al investigador(a) inmiscuirse de entrada en el centro del debate. Las decisiones más consistentes suelen reconstruir los antecedentes jurisprudenciales para reiterar el precedente o para apartarse de él. Es decir, hacen una narrativa del campo decisional en el cual se ubica la sentencia y adoptan las razones para decidir el caso tomando posición o reiterando los argumentos allí expuestos.

5.2.1. Cómo NO identificar el punto de apoyo

Con base en la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es posible señalar algunos errores comunes en los que se incurre a la hora de tomar una sentencia como punto de apoyo. En primer lugar, no constituye un punto de apoyo aquella

decisión judicial que no se ocupa de hechos similares a los que estamos investigando para resolver el problema jurídico. Es decir, si lo primero que se percata es que la sentencia decide sobre hechos totalmente diferentes no es posible iniciar la construcción de la línea jurisprudencial con ella.

Si el problema jurídico es: ¿Las trabajadoras independientes en estado de embarazo que cotizan al sistema de seguridad social en salud, pero incurren en mora inferior a un mes tienen derecho al pago de la licencia de maternidad contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo?

No sirve como punto de apoyo la sentencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia que resuelve el problema de la multiafiliación al sistema de seguridad social en salud, aun cuando su texto contenga las palabras “trabajadoras independientes”. Tampoco si resuelve sobre el acceso a la seguridad social de las parejas del mismo sexo, aun cuando en esa sentencia se hable del acceso a la seguridad social en salud.

En este error se incurre generalmente guiado por la simple mención de conceptos en la sentencia que se relacionan tangencialmente o revisten algún interés para el caso que se examine, pero no sirven como razones suficientes para tomar una decisión, este es el segundo tipo de error. Dicho de otro modo, estos argumentos pueden servir como *obiter dicta* pero no mostrarán las *ratio decidendi* que hacen parte del campo decisional²⁷⁸. No obstante, este trabajo de búsqueda no se realiza en vano, pues a veces se pueden encontrar argumentos (*obiter*) que son de utilidad secundaria para fundamentar la decisión. Por ejemplo, podría tenerse en cuenta los argumentos relacionados con el acceso a seguridad social en salud para hacerse una idea de la manera en que pueden operar con respecto a las trabajadoras independientes embarazadas, sin que esto necesariamente constituya la razón de la decisión sino más bien un argumento secundario o de apoyo. Así, podemos encontrar sentencias de simple referencia, es decir, sentencias en las que se mencionan ciertos conceptos jurídicos e inmediatamente después se remite al lector(a) a revisar otra sentencia, sin que esta última se relacione por su *ratio decidendi* sino por la retórica que realiza con respecto al concepto jurídico.

²⁷⁸ GORDILLO, Agustín. “Cómo leer una sentencia”. En Introducción al derecho. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Capítulo V, p. 21.

5.2.2. Pistas para identificar un punto de apoyo

Habitualmente encontrar un punto de apoyo es un paso que se da echando un vistazo a un grupo de sentencias recientes y escogiendo una que cumpla con algunos de los siguientes requisitos:

- a) Contenga hechos similares a los del problema jurídico que se ha formulado para resolver el caso y encabezar la línea jurisprudencial.
- b) Relaciona o referencia un amplio número de sentencias que permitan rastrear las tendencias decisionales. Esto sucede en aquellas sentencias que se apoyan en una *línea jurisprudencial* construida.
- c) Reconstruya las líneas jurisprudenciales que existen al respecto mostrando los diversos escenarios que existen y presentando una *ratio decidendi* como dominante.
- d) Enuncia en forma directa un cambio jurisprudencial. Generalmente las sentencias que buscan un cambio de *precedentes* se imponen una mayor carga argumentativa que implica reconstruir de la mejor manera los argumentos que se quieren modificar, por lo cual las referencias sirven para ubicar las tendencias decisionales y las *ratio decidendi* que se pretenden variar.
- e) Unifique la jurisprudencia. La importancia adquirida por las sentencias de unificación en el sistema jurídico colombiano, a propósito de la función de la Corte Constitucional en materia de Tutela y de las funciones de unificación atribuidas legalmente a las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, hacen imprescindible considerarlas para efectos de interpretar el precedente.

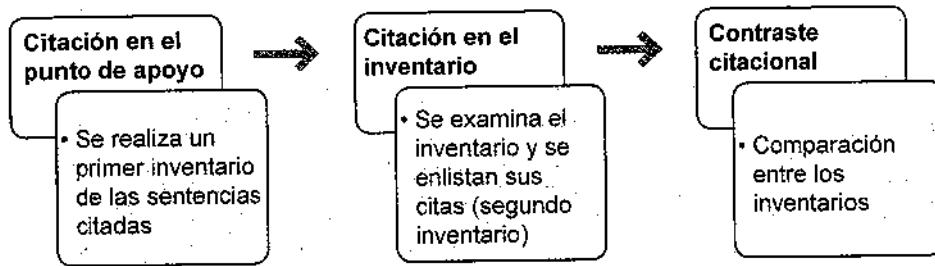
No hay que perder de vista el hecho de que se trata de “un punto arquimédico”, no en el sentido de que será un punto inamovible y absolutamente firme, al contrario, solo será el escalón inicial que permitirá avanzar, un punto de apoyo a partir del cual se empezará a vislumbrar las relaciones entre las sentencias. No obstante, seleccionar bien este punto puede ahorrarnos trabajo en los siguientes pasos de la construcción de la *línea jurisprudencial*.

5.3. PASO 3: REALIZAR “INGENIERÍA REVERSA”

La ingeniería reversa consiste en el análisis de la estructura de citas o nicho citacional de la sentencia más reciente. Es decir, en examinar la manera en que unas sentencias se refieren a otras para reiterar el *precedente*, para crear argumentos de apoyo o para apartarse del *precedente*. Este procedimiento mostrará algunas

regularidades en la citación de las sentencias, por ejemplo la referencia a una sentencia que significó un punto de inflexión con respecto al *precedente* y contiene argumentos valiosos sobre un problema jurídico, o para caracterizar el seguimiento regular en un período de tiempo determinado, por ejemplo para constatar que la *ratio decidendi* sobre determinado problema se ha mantenido vigente mediante la aplicación sistemática por parte de juezas y jueces.

El procedimiento de “ingeniería reversa” podría reseñarse en tres fases progresivas:



La primera fase consiste en analizar el punto de apoyo inventariando las sentencias en que se apoya, en este punto se puede observar si ellas versan sobre hechos similares o solo fueron referenciadas como argumentos secundarios de tipo conceptual, procediendo a clasificar su importancia. Esto se puede empezar a observar en la segunda fase, en la que este inventario es sometido al mismo procedimiento: realizar una lista de las sentencias citadas. Hasta este punto solo se tienen varios listados de sentencias, empero, no se conocen en específico las *ratio decidendi* de las mismas, solo se han clasificado las providencias en relación con los hechos jurídicamente relevantes. En la tercera fase el objetivo sigue siendo identificar las sentencias más importantes comparando la regularidad con la que se citan, de esta manera se obtiene un número significativamente reducido de sentencias que se repiten en los inventarios. A continuación se ilustra cada una de estas fases mediante ejemplos.

5.3.1. Citación en el punto de apoyo

Ejemplo 1: Mutuo disenso tácito

Problema Jurídico: ¿En circunstancias en las cuales tanto el comprador como el vendedor incumplen las obligaciones del vínculo contractual debe entenderse que se trata de un mutuo disenso tácito que da lugar a la resolución del contrato?

Punto de Apoyo (PA): Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona. Número Interno: SC6906-2014. Radicación: 11001-31-03-030-2001-00307-01. Bogotá, D. C., tres (3) de junio de dos mil catorce (2014).

Hechos del PA: En forma sintética –y prescindiendo de elementos irrelevantes en los hechos– es posible encontrar parecidos con los supuestos de hecho del problema jurídico planteado, en tanto en ella los demandantes pretenden que se declare resuelta la promesa de compraventa de tres inmuebles rurales ante el incumplimiento de los demandados y se les condene a restituir sus derechos, los frutos y a pagar la cláusula penal estipulada, aun cuando ellos también incumplieron respecto a las obligaciones pactadas.

Sentencias citadas en PA: Llama la atención que en dicha providencia se encuentra una nota que recoge el sentido de las líneas jurisprudenciales y brinda la pauta para su reconstrucción:

“La Corte Suprema de Justicia, de antaño en su Sala Civil, procurando dar solución a los casos en los cuales ambos contratantes han incumplido sistemática, recíproca y simultáneamente sus respectivas obligaciones en el vínculo contractual, pudiéndose deslindar, al menos dos tendencias en torno al mutuo disenso tácito, esencialmente, desde la sentencia del 25 de marzo de 1950. La sentencia del 29 de noviembre de 1978, aboga por la acción resolutoria; pasando a la sentencia del 5 de noviembre de 1979 que reelabora la doctrina del mutuo disenso tácito; avanzando con posterioridad a la decisión del 7 de diciembre de 1982 que la abandonó fijando algunas variantes, para finalmente, en decisión del 16 de julio de 1985, retomarla” (Nota al pie n.º 5).

Esta pista no es ofrecida en todas las sentencias, pero cuando se presenta es bastante útil para realizar la ingeniería reversa. Clasificando las providencias citadas por su importancia según se refieran principalmente a hechos similares o a conceptos jurídicos llamados a incidir o clarificar la resolución del caso es posible identificar:

<i>Inventario de Primer Nivel</i>	
Sentencias importantes. (Hechos similares)	Sentencias no importantes
Sentencia 023 del 7 de marzo de 2000, expediente 5319.	Sentencia 040 de 25 de abril de 2000, expediente 5212, reiterando LXXXVIII-504.
Sentencia de 5 de noviembre de 1979 (CLIX-306/316)	
Sentencia del 25 de marzo de 1950	
Sentencia del 29 de noviembre de 1978	
Sentencia del 5 de noviembre de 1979	Sentencia del 31 de mayo de 2010, expediente 05178.
Sentencia del 7 de diciembre de 1982	
Sentencia del 16 de julio de 1985	

Ejemplo 2: Estabilidad laboral reforzada

Problema Jurídico: ¿Tiene derecho a estabilidad laboral reforzada de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012 un trabajador(a) incapacitado laboralmente por enfermedad originada en desarrollo de su trabajo en circunstancias conocidas por el empleador al que no se le ha realizado la calificación de invalidez y que en razón de ello es despedido(a)?

Punto de Apoyo (PA): Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Rad. n.º 39207. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil doce (2012).

Hechos del PA: Prescindiendo de algunos elementos jurídicamente irrelevantes, podrían sintetizarse los hechos así: Un trabajador fue despedido con limitaciones físicas originadas en accidente de trabajo sin previa autorización del Ministerio de Protección Social. El trabajador estando incapacitado manifestó fue despedido.

Sentencias citadas en PA: En el siguiente cuadro se evidencian las citas importantes realizadas en el punto de apoyo a otras sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para ganar en claridad se referencia el número de radicado, el año y el o la Magistrada Ponente. Con el mismo objetivo, en este primer nivel se distinguen las sentencias citadas con una letra que identificará su procedencia en el segundo nivel.

<i>Inventario de Primer Nivel</i>
Rad. n.º 38992 de 2010. M. P. C. Tarquino Gallego. (Sentencia X)
Rad. n.º 35606 de 2009. M. P. I. Vargas Díaz. (Sentencia Y)
Rad. n.º 32532 de 2008. M. P. E. Cuello Calderón. (Sentencia Z)

Contraejemplo 1: Participación ciudadana en decisiones que afectan el territorio

Problema Jurídico: ¿Puede constituirse como derecho fundamental la participación ciudadana en las decisiones que afectan el territorio de población que aunque no se autorreconoce como étnica, tiene un arraigo cultural, económico y social e intrínseca relación con su territorio?

Punto de Apoyo (PA): Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-123 de 2014 M. P.; Alberto Rojas Ríos.

Hechos del PA: La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas a ser consultadas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente según lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la Constitución. No se establece para grupos de personas que no se autoidentifiquen como comunidades étnicas o tribales. El artículo 37 del Código de Minas, estipula que ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas en el territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Se demanda la inconstitucionalidad de dicho artículo, por la vulneración de la competencia de los concejos para regular los usos del suelo en el territorio del municipio o distrito (art. 313 C. N.) y por vulnerar el derecho a un ambiente sano (Art. 79 C. N.).

Sentencias citadas en PA: Un ejercicio incorrecto:

<i>Inventario de Primer Nivel</i>
Sentencia T-763 de 2012 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Sentencia X)
Sentencia T-348 de 2012 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Sentencia Y)

¿Por qué es un contraejemplo? Hasta este punto aparentemente se han seguido los pasos básicos formales para exemplificar la manera en que se debe estudiar el punto de apoyo, sin embargo, y en esto el examen de la estructura de citas tiene un fuerte potencial, es necesario verificar que las sentencias expuestas en el inventario

de primer nivel correspondan a las que a) se citan efectivamente en la sentencia y b) su citación sea relevante en términos fácticos o conceptuales.

Una revisión superficial del punto de apoyo evidencia que las sentencias citadas no se restringen a la Sentencia X o a la Y referenciadas en el cuadro anterior. De hecho, estas sentencias ni siquiera están citadas, a pesar de que existe un buen planteamiento del problema jurídico. Para darnos cuenta de esto solo basta con un examen de las citas sin consideración a su grado de importancia:

<i>Inventario de Primer Nivel</i>
Sentencia C-889 de 2012. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia C-579 de 2001. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia C-535 de 1996. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-149 de 2010. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
Sentencia C-931 de 2006. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C-795 de 2000. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-006 de 2002. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
Sentencia C-117 de 2006. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia C-760 de 2007. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
Sentencia C-671 de 2001. M. P.: Jaime Araújo Rentería.
Sentencia C-519 de 1994. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
Sentencia C-366 de 2000. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

5.3.2. Citación en el inventario

Elegir la muestra representativa, depende de la decantación que se detecte en la jurisprudencia, aunque puede considerarse necesaria una indagación exhaustiva, si juezas y jueces citan en forma rigurosa y técnica, la selección de las providencias judiciales puede hacerse más sencilla para identificar los *precedentes*. Ello también depende del problema jurídico que pretende encabezar la línea jurisprudencial, como se vio en los pasos anteriores, un problema jurídico en extremo conceptual tenderá a abarcar un mayor número de sentencias que incluyen el tema, empero, un problema jurídico delimitado por los hechos reducirá significativamente las sentencias a tener en cuenta.

Lo que corresponde a la hora de analizar el listado es realizar un inventario en varios niveles, es decir, enlistando las sentencias citadas por las providencias referidas en el punto de apoyo. Para efectos de ilustrarlo se tomará el segundo ejemplo y se procederá en forma regresiva por año:

Ejemplo 2: Estabilidad laboral reforzada

Observar la citación en el inventario implica descender en varios niveles de referenciación para encontrar regularidades. En este ejemplo se elaborarán listados de las tres sentencias citadas (X, Y y Z) en el primer nivel empezando en orden descendente por la sentencia de X proferida en 2010:

<i>Inventario de Segundo Nivel-Sentencia X</i>
Rad. n.º 36115 de 2010. M. P.; G. J. Gnecco Mendoza.
Rad. n.º 37235 de 2010. M. P.; L. J. Osorio López.
Rad. n.º 35606 de 2009. M. P.; I. Vargas Díaz.
Rad. n.º 32532 de 2008. M. P.; E. Cuello Calderón.
Rad. n.º 25130 de 2006. M. P.; G. J. Gnecco Mendoza.

Tomando como referencia la sentencia de 2009, se encuentra que solo se cita una providencia:

<i>Inventario de Segundo Nivel-Sentencia Y</i>
Rad. n.º 32532 de 2008. M. P.; E. Cuello Calderón.
Rad. n.º 25130 de 2006. M. P.; G. J. Gnecco Mendoza.

Igualmente, realizando el mismo procedimiento con la sentencia de 2008 se tiene:

<i>Inventario de Segundo Nivel-Sentencia Z</i>
Rad. n.º 25130 de 2006. M. P.; G. J. Gnecco Mendoza.

5.3.3. Contraste citacional

El contraste que aquí se realiza toma los niveles a los que es necesario llegar para encontrar la sentencia que fijaba una *ratio decidendi* objeto de reiteración o modificaba la jurisprudencia parcial o totalmente, revistiendo por ello importancia

para el análisis. El análisis de su contenido concreto inicia después de su identificación y su grado de reiteración o importancia en la estructura citacional.

Ejemplo 2: Estabilidad laboral reforzada

Para abordar esta fase siguiendo el segundo ejemplo que se ha presentado, en el siguiente cuadro se ilustra la estructura citacional identificando las sentencias solamente son el año y el radicado, resaltando aquellas que presentan un mayor grado de reiteración:

<i>Punto de Apoyo</i>		
Rad. n.º 39207 (2012)		
<i>Inventario de primer nivel.</i>		
Sentencia X Rad. n.º 38992(2010)	Sentencia Y Rad. n.º 35606(2009)	Sentencia Z Rad. n.º 32532(2008).
Inventario de Segundo Nivel. ↓	Inventario de Segundo Nivel. ↓	Inventario de Segundo Nivel. ↓
Rad. n.º 36115(2010)	Rad. n.º 32532(2008) (Sentencia Z)	
Rad. n.º 37235(2010)		
Rad. n.º 35606(2009) (Sentencia Y)		Rad. n.º 25130(2006)
Rad. n.º 32532(2008) (Sentencia Z)	Rad. n.º 25130(2006)	
Rad. n.º 25130(2006)		

Hasta aquí solo se han descendido dos niveles pero ya es posible detectar la cadena de citaciones que se realiza en un período de tiempo que va desde el 2012 (fecha del punto de apoyo) hasta el 2006 (última sentencia citada). Igualmente es posible identificar la sentencia que se ha citado con mayor frecuencia en el segundo nivel con Rad. n.º 25130(2006), la cual se presentó subrayada y en cursiva. Este procedimiento puede extenderse en varios niveles según el período de tiempo que se quiera analizar y el problema jurídico planteado.

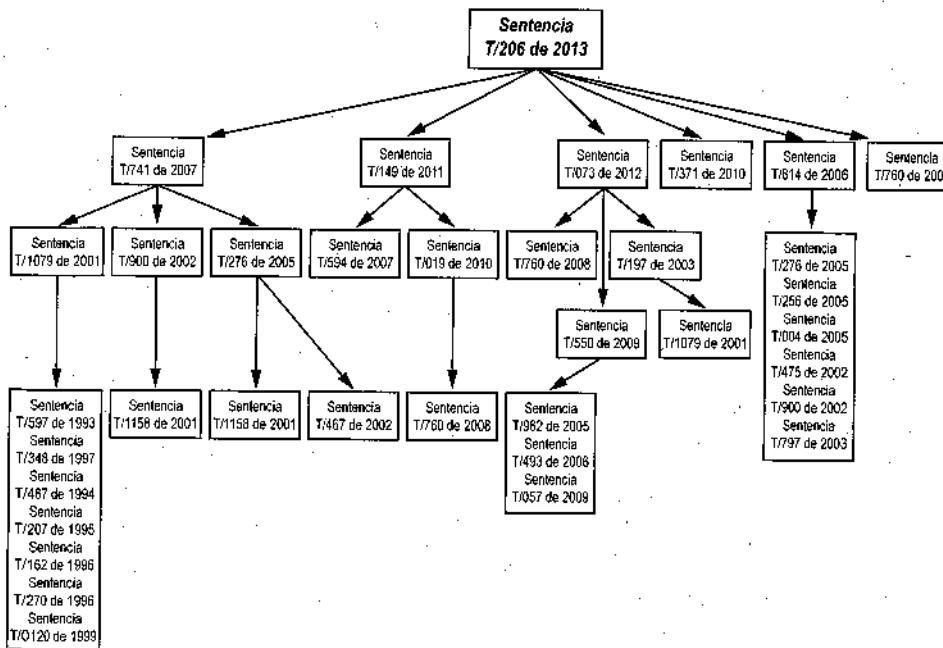
Ejemplo 3: Suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud

Problema Jurídico: ¿Vulneran las Entidades Promotoras de Salud el derecho a la Salud y a la vida de una persona, cuando se niegan a garantizar el suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud autorizado fuera del municipio de su domicilio?

Punto de Apoyo (PA): Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2013. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Hechos del PA: Se acumulan cuatro expedientes con un patrón fáctico similar: los accionantes requieren desplazarse de un municipio o ciudad a otro con el objetivo de realizarse un tratamiento médico de forma continua, lo cual genera altos costos que no pueden asumir, para enfrentar diversas enfermedades que padecen.

Contraste citacional a partir del PA: Habida cuenta de que en los ejemplos anteriores hicimos paso a paso el desglose de las citas de cada providencia, en este punto prescindimos de tomar cada una para dar un panorama general de la genealogía citacional desde el punto de apoyo:

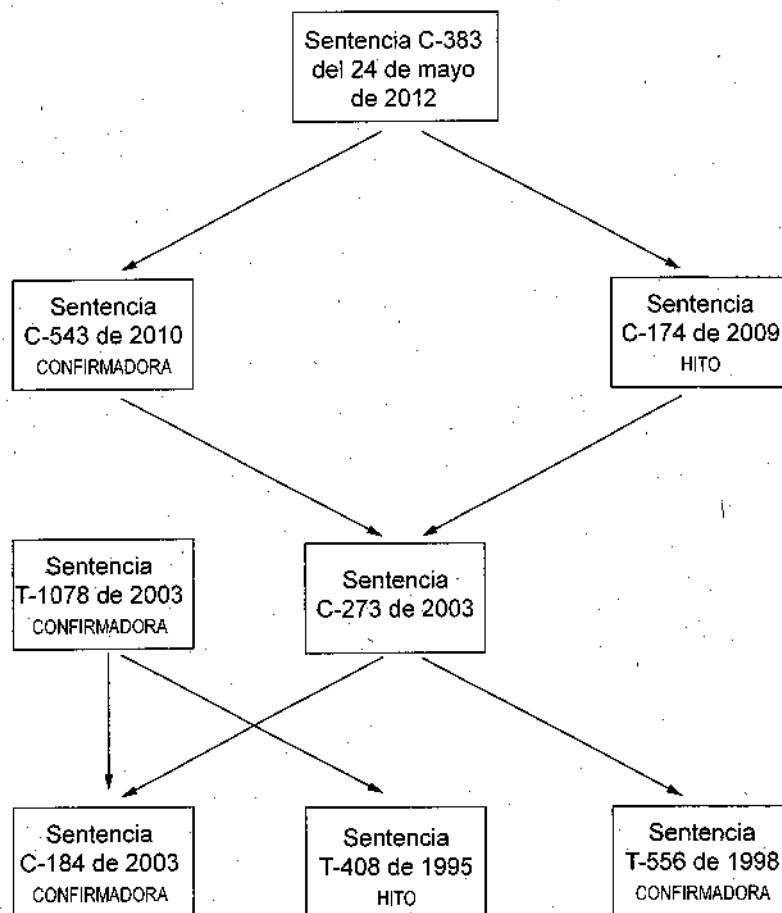


Ejemplo 4: La licencia de paternidad

Problema Jurídico: ¿Es constitucional condicionar el disfrute de la licencia remunerada de paternidad, a la cual tiene derecho el padre, a requisitos adicionales a los exigidos para el reconocimiento de la misma licencia remunerada a las madres teniendo en cuenta que estas dos instituciones tienen como fundamento esencial el interés superior del menor?

Punto de Apoyo (PA): Corte Constitucional, Sentencia C-383 de 2012 M.
P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Contraste citacional a partir del PA: Como se ha ilustrado en los ejemplos anteriores la relación entre la citación puede ser expresada de varias formas gráficas que identifiquen los niveles en los que se realiza el contraste.

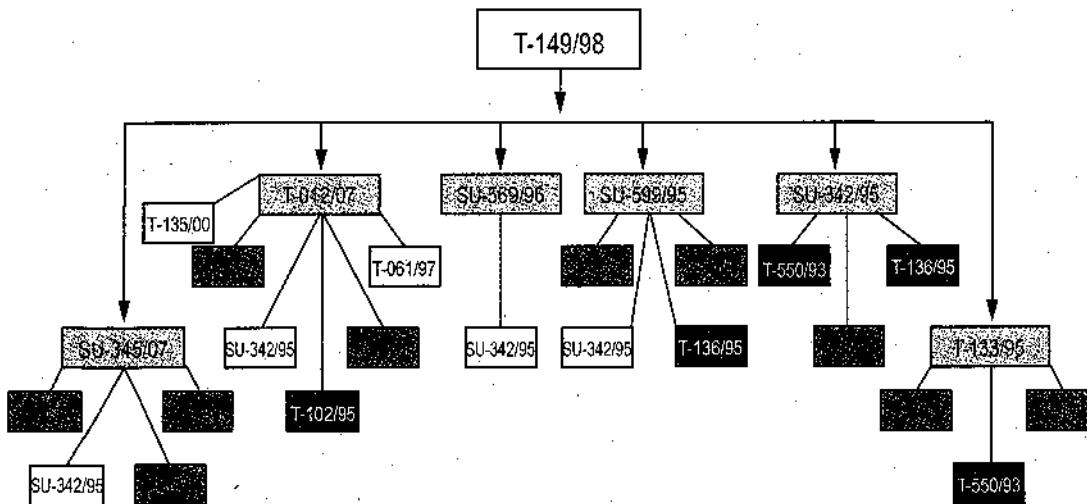


Contraejemplo 2: Libertad de asociación sindical y derechos de los trabajadores no sindicalizados

Problema Jurídico: ¿Se vulneran los derechos a la libre asociación sindical y a la igualdad de oportunidades al tener un trato diferenciado frente a las personas que pertenecen a una organización sindical?

Punto de Apoyo (PA): Corte Constitucional, Sentencia T-149 de 1998. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Contraste citacional a partir del PA: Habida cuenta de que en los ejemplos anteriores hicimos paso a paso el desglose de las citas de cada providencia, en este punto prescindimos de tomar cada una para dar un panorama general de la genealogía citacional desde el punto de apoyo:



¿Por qué es un contraejemplo? Según las razones que se han anotado como tópicos que orientan la elección del punto de apoyo, es preciso que este corresponda a una sentencia relativamente reciente. Este caso es un típico contraejemplo en la medida en que no explora sino a partir de 1998. No realiza con juicio la ingeniería reversa y deja inexplicado un lapso de tiempo considerable, dentro del cual el precedente judicial pudo tener varios cambios que pasarian inadvertidos. Construir una línea jurisprudencial adecuadamente depende del desarrollo jurisprudencial, pero como en cualquier investigación no se debe prescindir de los avances recientes sin justificación razonable.

5.4. PASO 4: ANALIZAR LOS HECHOS RELEVANTES Y SUS PARECIDOS DE FAMILIA

Una vez la ingeniería reversa ha permitido detectar las regularidades que se presentan a partir del punto de apoyo, es necesario pasar al análisis de los hechos relevantes en las sentencias más citadas para ver si tienen parecidos de familia con los supuestos de hecho que se plantean en el problema. En el ejemplo 1 este ejercicio se realizó clasificando las sentencias entre aquellas importantes y aquellas no importantes. En el ejemplo 2 la ingeniería reversa se realizó sin hacer dicha clasificación desde el principio. Esta labor de depuración permite valorar la posibilidad de emprender la aplicación analógica de los *precedentes* pues con esta se clasifican aquellas sentencias que solamente son citadas para aclarar conceptos pero versan sobre casos distintos y aquellas que tratan hechos o circunstancias similares. En el primer contraejemplo quedó claro que las sentencias traídas a colación ni siquiera hacían parte del acervo citado en el punto de apoyo. En el contraejemplo 2 es evidente que se deja de lado un periodo considerable dentro del cual pudieron existir cambios de precedente. Aquí empieza en sentido riguroso el trabajo jurídico, para decirlo en términos de la Corte Constitucional:

“Sea lo primero advertir que el *precedente judicial* se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga a aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho”²⁷⁹.

Reconocer cuándo una sentencia es útil para efectos de la pregunta de investigación que se plantea implica identificar “parecidos de familia” entre los hechos relevantes. Es decir, percibirse de que las sentencias más citadas, según el nicho citacional definido, deciden casos cuyos hechos se asemejan a los que contiene el interrogante que encabeza la investigación. Como la ingeniería reversa, este paso

²⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1317 de 2001. MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes. Fundamento Jurídico n.º 5.

resulta “parasitario”²⁸⁰, en la medida en que el investigador no debe dedicarse a la lectura integral de todas las sentencias, sino fijarse principalmente en el acápite en el que tradicionalmente suelen reconstruirse los hechos. Aun así, dependiendo del problema que se investigue, es preciso que se detecte y considere los conceptos que pueden influir en la resolución de la pregunta. Esto, sin embargo, es un aspecto que puede descubrirse en el siguiente paso.

Ejemplo 1: Mutuo disenso tácito

En este ejemplo los hechos de las sentencias fueron clasificados según si fueran o no similares a aquellos supuestos de hecho que aparecen en el problema jurídico que encabeza la línea. De este modo, se tuvo que las sentencias en las que existía un incumplimiento contractual bilateral podrían ser consideradas similares independientemente del vínculo contractual o del objeto material que se negociaba. Por su parte, aquellas sentencias dedicadas a aclarar conceptos o normas jurídicas sin relevancia directa, por ejemplo a señalar el significado de las reglas de la sana crítica y fueron consideradas no importantes en relación con los hechos.

Ejemplo 2: Estabilidad laboral reforzada

En el segundo ejemplo, las sentencias referenciadas por la Corte Suprema de Justicia guardan elementos similares en relación con los hechos del problema jurídico. Una breve lista de los elementos jurídicamente relevantes que se presentan en todas se expone a continuación:

- Todas las sentencias son de casación.
- La parte actora corresponde a un trabajador(a) y la parte demandada a un empleador(a).
- En todas se presentó un despido con una incapacidad laboral ordenada por el médico(a) al trabajador(a).
- En todos los despidos se omitió por parte del empleador la solicitud de autorización al Ministerio de Trabajo (hoy Protección Social).
- Las pretensiones incoadas por la parte actora generalmente se orientaban al reintegro, la ineficacia del despido y en consecuencia el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

280 LÓPEZ MEDINA, *El derecho*, op. cit., p. 170.

Por lo anterior, puede sostenerse que se trata de sentencias con un patrón fáctico similar que puede resultar importante para valorar la forma en que se resolvieron los casos. En este paso, como se observa, el trabajo jurídico no ha sido exigente y se ha limitado a orientar la recolección de información que resultará jurídicamente pertinente para detectar *los precedentes*. En el siguiente paso debe ponerse en práctica lo correspondiente a la identificación de la *ratio decidendi* tal y como quedó expuesto en la unidad anterior para las providencias más importantes.

Ejemplo 3: Suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud

En este ejemplo el patrón fáctico es similar, de hecho en el punto de apoyo se acumulan cuatro expedientes en los que los accionantes requieren desplazarse de un municipio o ciudad a otro con el objetivo de realizarse un tratamiento médico de forma continua, lo cual genera altos costos que no pueden asumir, para enfrentar diversas enfermedades que padecen. En el patrón fáctico no existe la necesidad de distinguir por la clase de enfermedad en la medida en que lo que se identifica como elemento común es la posición jurídico-subjetiva del o la paciente que requiere del suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud. En esas condiciones tampoco se presenta como necesario distinguir elementos adicionales (como la distancia o el tiempo) en tanto ya se ha creado una posición jurídico-subjetiva que debe protegerse.

Ejemplo 4: La licencia de paternidad

A diferencia de los anteriores ejemplos, en este caso el patrón fáctico se compone de las razones constitucionales que delimitan el campo decisional en las demandas de constitucionalidad. De manera que, a pesar de que el ejercicio sea más abstracto, los patrones que dan identidad al campo se refieren principalmente a los requisitos para acceder a la licencia de paternidad y las razones de constitucionalidad que se esgrimen para ello. El análisis contrafáctico que se realiza sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichas normas se revela fructífero en este ámbito en tanto no se involucran necesariamente casos concretos, sino supuestos fácticos estipulados en las normas.

5.5. PASO 5: IDENTIFICAR LAS SUBREGLAS QUE SE ENCUENTRAN EN EL CAMPO DECISIONAL

Una vez se han identificado los parecidos de familia en términos fácticos, el análisis o extracción de la *ratio decidendi* o subregla definida en la sentencia permite

detectar uno o varios escenarios decisionales, es decir, hechos o circunstancias ante los cuales se ha especificado el significado de un derecho o principio. Uno o varios de estos escenarios, según el grado de decantación de la jurisprudencia, constituye un campo decisional sobre un derecho o principio en cualquier ámbito del derecho²⁸¹.

Dicho de otro modo, un escenario decisional se compone de aquellas situaciones fácticas a las cuales se aplicó un principio o derecho especificado mediante una subregla. Este es el paso en el que el investigador(a) debe analizar con detalle el peso de los conceptos y determinar hasta qué punto, en el problema jurídico que indaga, la norma controlante (*ratio decidendi*) sea establecida con base en nociones jurídicas más que en enunciados sobre hechos. Sin embargo, como los hechos no siempre se dan del mismo modo, es posible que un mismo principio o derecho haya sido especificado ante varios patrones fácticos, así considerado en términos globales es posible hablar de un campo decisional.

La forma en que se caracteriza este campo decisional es mediante la identificación de dos tesis opuestas que responden al problema jurídico planteado, el espacio o distancia que existe entre ambas permite ubicar las sentencias según su *ratio decidendi*. Así es más fácil detectar la reiteración y la formación en sentido estricto de una línea jurisprudencial sólida, o la formación de balances decisionales o sombras decisionales dentro de las cuales es predecible que se adopten decisiones futuras.

Vale en este punto recordar la diferenciación entre la *ratio en sentido formal* y la *ratio en sentido material* vista en la unidad anterior. Mientras la ratio formal se refiere a aquellas razones señaladas explícitamente por la jueza o el juez que adopta la decisión, la cual en principio merece ser tenida en cuenta en esos mismos términos, la ratio material hace relación a aquella que se extrae con posterioridad por otro juez o jueza que desea resolver un caso similar desentrañando las razones suficientes de la sentencia expuesta en su parte motiva.

En cualquiera de estos sentidos la respuesta al problema jurídico planteado en la sentencia debe resistir un análisis contrafáctico, es decir, debe aportar

281 En el caso del derecho constitucional LÓPEZ MEDINA habla de “escenario constitucional”, es decir, “el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto. Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de “escenarios constitucionales” en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido”. *Ibid.*, p. 148.

razones que, vistas en términos de los hechos reales que se presentaron y de una situación posible que no se realizó, resulten necesarias y suficientes para adoptar la decisión²⁸². Dicho de otro modo, la decisión se encuentra más constreñida y es probable que sea más predecible pues logra dar respuesta a los escenarios posibles con razonabilidad. En ello reside el valor de la seguridad jurídica respecto al *precedente judicial*, pues las normas, al prescribir conductas que no necesariamente son, pero que deben ser requeridas serán concretadas mediante la interpretación y aplicación.

Ejemplo 2: Estabilidad laboral reforzada

A continuación se presenta la *ratio decidendi* que se puede extraer de cada una de las sentencias puesto que en el paso previo ya se sabe que tienen un patrón fáctico similar. Lo que sigue es extraer la subregla de las sentencias más citadas, las cuales en este sencillo ejemplo se redujeron significativamente a dos. A estas sentencias se añade la extracción de la subregla de nuestro punto de apoyo, por allí se empiezan a valorar los cambios o las regularidades significativas en las subreglas.

Problema Jurídico: ¿Tiene derecho a estabilidad laboral reforzada de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012 un trabajador(a) incapacitado laboralmente por enfermedad originada en desarrollo de su trabajo en circunstancias conocidas por el empleador al que no se le ha realizado la calificación de invalidez y que en razón de ello es despedido(a)?

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
Rad. n.º 39207 (2012) (Punto de Apoyo)	La sola incapacidad no goza de protección, pues la protección se establece para las discapacidades calificadas como severas o profundas según el dictamen pericial establecido por la ley. Por consiguiente en estado de incapacidad se requiere justa causa y autorización del Ministerio del Trabajo para que el despido sea válido.

282 Sobre enunciados condicionales contrafácticos en lógica Véase BATTISTA RATTI, Giovanni. “Contrafácticos y juicios causales”. En *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2012, pp. 447-268.

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
Rad. n.º 32532(2008) (Sentencia Z)	El amparo se ocupa esencialmente de los (las) trabajadores(as) con grados de limitación severos o profundos según el artículo 1 y 5 de la Ley 361 de 1997 establecidos mediante dictamen pericial, de manera que quienes tienen un grado moderado no gozan de dicha protección.
Rad. n.º 25130(2006)	La situación de haber estado incapacitado laboralmente al momento del despido no conduce necesariamente a la conclusión de que existiera una limitación física o sensorial que hiciera beneficiario(a) al trabajador(a) de la especial protección. Para ello se requiere acudir al diagnóstico médico con el fin de establecer los beneficios que allí se establecen.
Rad. n.º 35606(2009) (Sentencia Y)	Reitera la sentencia de 2008, pero la reinterpreta en el siguiente sentido: "para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) <u>que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%;</u> (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral <i>“por razón de su limitación física”</i> y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social". (Subrayas fuera del original). No obstante lo cual, en el caso que se examina no casa la sentencia ya que el dictamen pericial se dio después de la terminación del contrato de trabajo.

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
Rad. n.º 38992(2010) (Sentencia X)	Solo procede la protección reforzada para aquellas limitaciones calificadas en grado severo o profundo, es decir, al 25% de la pérdida de capacidad laboral o en un porcentaje superior: “pues la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar, no lo hace merecedor a esa especial garantía de estabilidad laboral”. Estas razones se sustentan en la sentencia de 2008.
Rad. n.º 36115(2010)	Cita la sentencia de 2009, reiterando que carece de efecto jurídico el despido basado en la condición de discapacidad, sin que exista justa causa y autorización del Ministerio de Trabajo.
Rad. n.º 37235(2010)	Reitera que las personas en condición de discapacidad son aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada, la sola incapacidad laboral temporal no acredita ese hecho siendo necesario para ello la prueba científica o calificación. Cita in extenso la sentencia de 2009.

Ejemplo 3: Suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud

Problema Jurídico: ¿Vulneran las Entidades Promotoras de Salud el derecho a la Salud y a la vida de una persona, cuando se niegan a garantizar el suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud autorizado fuera del municipio de su domicilio?

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
T-337/00	Las normas son claras en relación con la obligación de traslado de un centro hospitalario a otro, a cargo de las empresas solidarias de salud. El Acuerdo 72, literal d, art. 1, dice lo siguiente: “D. Transporte de pacientes: “1. Pacientes de alto costo: cubre traslado de los pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo que por sus condiciones de salud y limitaciones de la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran de un traslado a un

Sentencia	Subregla
T-337/00	<p>nivel superior”. Como esta no es la situación de la actora, y su estado de salud no le impide trasladarse por sus propios medios, el juez de tutela no puede acceder a su solicitud en este sentido, pues, no hay precepto legal que obligue a la entidad demandada a cubrir este costo. Si en algunas ocasiones lo ha hecho, ha sido en virtud del principio de solidaridad.</p>
T-1079/01	<p>“Igualmente, la pretensión de obtener el pago de todos los gastos que implican la necesidad de un acompañante, será decidida desfavorablemente, por ser una pretensión meramente económica que escapa de la competencia del juez de tutela, además esta decisión no pone en riesgo la vida de la demandante, pues en ningún momento los médicos afirman que es indispensable la presencia de un acompañante, debido a que no se trata de un menor, un enfermo mental o una persona de la tercera edad que no pueda valerse por sí misma... En efecto, debe tenerse en cuenta que la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes. Es decir, son los tres hijos de la demandante quienes en primera instancia deben tomar las “medidas necesarias para asegurar que durante el tiempo en que su progenitora permanezca en la ciudad de Barranquilla, cuente con la presencia de algún acompañante si este llegare a ser indispensable”.</p>

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
T-467/02	<p>“(i) el incumplimiento de la regulación sobre transporte de pacientes, que obliga a una EPS o a una ARS a prestar el servicio bajo ciertas circunstancias (ii) que el paciente no pueda desplazarse por sus propios medios, ni su familia cuente con los recursos suficientes para ayudarle a acudir a los servicios de la entidad prestadora de servicios de salud a la cual está afiliado (iii) que tal situación pone en riesgo su vida o su integridad (iv) y que pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, no existen posibilidades reales y razonables con las cuales poder ofrecer ese servicio”. Las normas sobre el transporte de pacientes indican qué las empresas de salud solo están obligadas a ello cuando estos se encuentran hospitalizados por enfermedades de alto costo, por sus condiciones de salud y limitaciones de la oferta de servicio en el lugar donde residen, requieren de un traslado especial. Como puede apreciarse, este no es el caso del paciente (...) tampoco encuentra razones esta Sala para inaplicar la normatividad actual y obligar a la EPS a brindar el servicio de transporte. En efecto, la medida tomada no resulta desproporcionada ni irrazonable, por cuanto la EPS no ha negado ni impedido el acceso a los servicios de salud que presta, sino que por el contrario, ha colaborado y diseñado planes para que quienes viven en regiones en donde no cuenta con los equipos necesarios para su atención en salud, puedan acudir fácilmente a sus tratamientos.</p>
T-900/02	<p>“Entonces, hay que precisar que la negativa de las entidades de salud de reconocer los gastos que implique el desplazamiento del lugar de residencia al sitio donde se autorizó realizar el procedimiento quirúrgico o tratamiento médico del paciente, no implica, <i>per se</i>, la vulneración</p>

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
T-900/02	<p>del derecho fundamental a la salud, ni vulnera el derecho a la salud del afectado, en razón que tales gastos pueden ser asumidos por la propia persona o por sus familiares cercanos, en cumplimiento del deber de solidaridad social de que trata la Constitución Política. Solo si se está ante la falta comprobada de recursos económicos por parte de la persona enferma o de sus parientes, y existe certeza de que al no acceder al tratamiento médico ordenado se pone en peligro la vida o la salud del paciente, solo en esas circunstancias, recaerá, se repite, en cabeza del Estado la obligación de poner a disposición del afectado los medios que le permitan el acceso al tratamiento indicado”.</p>
T-276/05	<p>“...serán los accionantes quienes por regla general deban asumir el costo de su traslado de una ciudad a otra, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que será el Estado de forma directa o por medio de las entidades promotoras de salud, quien de manera excepcional deba asumir el costo del desplazamiento cuando su negativa ponga en peligro la salud del paciente, y su vida misma. Se trata de aquellos eventos en que ni el paciente ni su familia cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir el costo de dicho traslado, y adicionalmente, de no hacérselo la vida y la salud del paciente correría inminente peligro”.</p>
T-814/06	<p>“cuando deba prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente; el paciente ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, repita el mayor</p>

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
T-814/06	<p>valor al Fosyga". (...) es necesario demostrar lo siguiente: i) Que el paciente no puede desplazarse por sus propios medios o que se encuentra en una clara situación de vulnerabilidad, tal es el caso de los menores y las personas de la tercera edad. ii) Que la compañía sea indispensable para el viaje, en tanto que sin ella no podría recuperar su salud. iii) Que su familia no puede costear los gastos del acompañante".</p>
T-741/07	<p>"Si vulnera el principio de Dignidad Humana artículo 1º C. P., el deber de solidaridad, derecho a la vida en conexión con la salud consagrados en los artículos 11 y 49 de la C. P., Derecho a la Igualdad, artículo 13 de la Constitución Política, porque en el presente caso la familia y la paciente de la tercera edad que se encuentra con graves padecimientos de salud, no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del transporte en ambulancia y acudir a las citas médicas con los especialistas, por lo que considera la corte que la prestación del servicio de transporte es indispensable y obligatorio prestarlo por la EPS, con la finalidad de garantizar la salud y la integridad de la paciente, pues requiere con urgencia de tratamientos y atención médicas permanentes, que de no prestársele puede afectar su vida en condiciones dignas".</p>
T-760/08	<p>"...toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando estas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. También, como se indicó, tiene derecho a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud".</p>

<i>Sentencia</i>	<i>Subregla</i>
T- 149/11	<p>“...es obligación de todas las EPS suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad”.</p>
T- 073/12	<p>“La EPS sí vulnera los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, cuando niega el transporte a un paciente, pues este debe entenderse como un medio para acceder al servicio de salud y por lo tanto su prestación debe ser de manera oportuna, eficiente y con calidad, a su vez este servicio se torna en una obligación y se encuentra regulado en el Acuerdo núm. 029 de 2011 y se constituye en uno de los servicios susceptibles de garantía de acuerdo con el principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud. Por lo anterior, el respeto a dicho principio no se refiere únicamente al reconocimiento de la prestación del servicio (POS y no POS) de conformidad con el principio de integralidad (Artículo 153 y 156 de la C. P.), pues la no prestación ocasiona consecuencias graves frente a la garantía de acceso al servicio de salud (Artículos 48 y 49 de la C. P.). Lo anterior, se fundamenta en que toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que le impidan acceder a los servicios de salud de acuerdo con la necesidad, pertinencia y con la urgencia, cuando estas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de su residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”.</p>

T.206/13	<p>“Este tribunal ha considerado, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente al de su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia. No obstante, se ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios que son remitidos a un municipio diferente al de su residencia, pero ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte. En tal sentido, se adoptaron los conceptos de accesibilidad económica y física para analizar la protección constitucional en términos de gastos de traslado”.</p>
----------	---

5.6. PASO 6: RECONSTRUIR ARGUMENTATIVAMENTE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

La línea jurisprudencial no es más que la narración de las rupturas y continuidades que presenta un campo decisional o un escenario decisional delimitado a la luz de un problema jurídico concreto. El investigador que realiza este análisis no solo puede percibir la jurisprudencia como un campo caracterizado por tendencias decisionales, sino que encontrará el lugar que tiene en la jurisprudencia el patrón fáctico específico que indaga. Allí es posible detectar la fuerza vinculante del *precedente*, la regularidad de su reiteración y la razonabilidad de los argumentos en que se funda. Este resultado puede denominarse balance decisional o sombra decisional, es decir, el espacio dentro del cual es razonablemente predecible que se ubique un fallo en el futuro sobre hechos o circunstancias similares al patrón fáctico que se analiza²⁸³.

283 LÓPEZ MEDINA usa la noción de “balance constitucional” o “sombra decisional” para el caso del derecho constitucional. *Ibid.*

Ejemplo 2: Estabilidad laboral reforzada

Para resolver el problema jurídico que se ha planteado y evidenciar las rupturas o continuidades que ha tenido, así como la existencia de precedentes vinculantes y su valoración, el siguiente paso es describir la jurisprudencia en orden cronológico.

El problema jurídico planteado: ¿Tiene derecho a estabilidad laboral reforzada de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012 un trabajador(a) incapacitado laboralmente por enfermedad originada en desarrollo de su trabajo en circunstancias conocidas por el empleador al que no se le ha realizado la calificación de invalidez y qué en razón de ello es despedido(a)? Ha tenido una respuesta uniforme en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre el 2006 y el 2012, respondiendo en forma negativa al interrogante, pues no basta la simple incapacidad laboral del trabajador(a) para hacerlo(a) acreedor(a) del beneficio de protección reforzada, para acceder a él es necesario el diagnóstico médico que determina un grado de discapacidad o invalidez severo o profundo.

Este precedente inicia su trayectoria a partir de 2006 (Rad. n.^o 25130) cuando la Corte establece que “para ese fallador la circunstancia de haber estado el demandante incapacitado laboralmente no conducía necesariamente a la conclusión de que tuviera una limitación física, sensorial o física que lo hiciera beneficiario de la especial protección”. Allí diferencia la incapacidad laboral del diagnóstico médico que califica la condición de discapacidad, siendo esta última circunstancia la que –según la Corte– es objeto de protección por parte de la ley. Igualmente, indica que este dictamen es un hecho que debe ser establecido científicamente y que no corresponde a ningún juez dar por demostrado con otro medio de prueba.

En el 2008 (Rad. n.^o 32532) se confirma el precedente mediante la cita textual de la sentencia de 2006, especificando que la simple incapacidad laboral no es objeto de protección reforzada como tampoco lo es la calificación de la enfermedad como moderada. Para ello se refiere al artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 que establece los grados de severidad de las limitaciones, e indica que la protección solo es aplicable a aquellas establecidas como severas y/o profundas, es decir, con una pérdida de capacidad laboral superior al 25%²⁸⁴.

²⁸⁴ Artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 “En los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa, aquella que

En el 2009 (Rad. n.º 35606) se reitera que “*las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados*”. Sin embargo, en relación con la calificación de la invalidez parece existir un cambio en tanto la protección se extiende a aquellos trabajadores con una pérdida de la capacidad laboral moderada.

No obstante, en 2010 (Rad. n.º 38992, Rad. n.º 36115, Rad. n.º 37235) a pesar de que se hace referencia a la sentencia de 2009, el sentido de la cita es para confirmar que la simple incapacidad laboral no es objeto de protección reforzada y para señalar que el objeto de protección son aquellas limitaciones físicas establecidas mediante dictamen pericial (el diagnóstico médico) superiores al 25% de la pérdida de capacidad laboral.

Ejemplo 3: Suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud

La jurisprudencia constitucional a la hora de valorar la financiación de los gastos de transporte de una persona para que pueda acceder a los servicios de salud que requiera en otro municipio distinto al de su lugar de residencia, tuvo una postura inicial en el 2000 que se extiende aproximadamente hasta el 2002, cuando aún no se concibe la salud como un derecho fundamental, sino como un paquete de servicios, que se denomina Plan Obligatorio de Salud (POS) y del cual no hace parte el transporte. Por lo tanto, solo se garantiza para eventos de enfermedades de alto costo, cuando los pacientes están hospitalizados y bajo el principio de solidaridad del artículo 95 n.º 2 de la Constitución Política, correspondiendo a la familia en primera medida asumir el costo del traslado y de todas las eventualidades por fuera del POS. Al tiempo que se considera que la negación por parte de una EPS de no conceder los gastos de transporte, no vulnera el acceso a la salud de las personas, ya que en tanto no se les niegue tratamientos o procedimientos a los afiliados se cumple con su deber legal.

Entre 2005 a 2008, la jurisprudencia se aparta un poco de la tendencia de negación del transporte basada sobre el principio de solidaridad, que lo que hacía era trasladar la carga de la accesibilidad a través del transporte a los familiares y afiliados, para en su lugar dar apertura a criterios más garantistas soportados en el reconocimiento de la salud como derecho fundamental, en la Sentencia T-760

sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%. (Subrayas fuera del original).

de 2008. Así sin dejar de enunciar la regla general trazada por la jurisprudencia anterior a este periodo, que colocaba la carga de los costos de traslado en los familiares y afiliados, profundiza en las reglas excepcionales por las cuales se indica que el Estado será responsable de asumir los gastos de transporte cuando se encuentre frente a la falta de capacidad económica de los afiliados y familiares, de igual forma cuando sean necesarios para garantizar la salud y la vida de los afiliados. Se observa entonces la preocupación de eliminar las barreras y obstáculos para que las personas puedan acceder a la salud y en este sentido gastos como los de transporte para acceder a la salud serán ordenados a las EPS con la posibilidad de recobrar ante el Fosyga y a través de la UPC diferencial que se reconoce para determinados lugares por su dispersión geográfica.

Desde el 2011 al 2013 se observa que la preocupación de la jurisprudencia por eliminar las barreras de acceso, se concreta en la inclusión en el POS del transporte en ambulancia y en un medio diferente de ambulancia. La jurisprudencia en este espacio incluye el transporte como una forma de garantizar el acceso a la salud, y como una forma de eliminar la barrera de acceso económico de los afiliados, garantizando plenamente el transporte a todos los afiliados cuando requieran ser atendidos en un lugar diferente al de su domicilio, por lo tanto, a este efecto la corte indicará que es deber de las EPS cubrir los gastos de transporte de sus afiliados con la UPC diferencial en aquellos lugares donde se les reconozca, y en aquellos lugares donde no, debe garantizarse con la UPC normal. En este sentido la jurisprudencia deja de reconocer la facultad de las EPS para el recobro ante el Fosyga.

Se observa entonces que el desarrollo del derecho a la salud en lo concerniente a la accesibilidad –mediante el reconocimiento del transporte– en su núcleo esencial tuvo tres momentos, el primero fue de absoluta negación, orientado por la sentencia T-337 de 2000; el segundo momento, de reconocimiento excepcional lo marca la Sentencia T-276 de 2005, la cual establece las subreglas bajo las cuales una EPS está obligada a suministrar los gastos de transporte a sus afiliados 1) cuando ni la familia ni el paciente cuentan con los recursos económicos suficientes para asumir los costos de traslado, y 2) cuando de no garantizar el transporte la vida y la salud correrían un inminente peligro. Este periodo culmina con la Sentencia T-760 de 2008, con la cual se eleva la salud a derecho fundamental y se imparten orientaciones para eliminar toda barrera de acceso a la salud, por lo tanto, dicha sentencia es hito por su trascendencia conceptual del derecho a la salud; y el tercer momento de reconocimiento pleno, con base en la Sentencia T-149 de

2011, mediante la cual se reconoce que la accesibilidad a la salud en su núcleo esencial se concreta en eliminar las barreras de acceso personal y económico, por lo tanto, el transporte para acceder a la salud debe reconocerse plenamente por las EPS, por considerarse incluido dentro del POS, a través de la UPC diferencial y normal que el gobierno les gira para el cubrimiento de la salud de los afiliados.

5.7. PASO 7: LA PRESENTACIÓN GRÁFICA DEL CAMPO DECISIONAL Y SU USO ESTRATÉGICO

El último paso para comprender una línea jurisprudencial es dibujar el campo decisional en el que se ubica. Dado que ya se han identificado dos tesis opuestas en relación con la respuesta al problema jurídico planteado, las sentencias más importantes encontradas en desarrollo de la ingeniería reversa pueden situarse según su cercanía o distancia con las dos posiciones extremas. De este modo, las tendencias decisionales que allí se identifiquen pueden presentarse en forma consistente, mediante la reiteración de la *ratio decidendi* en las decisiones durante un período determinado, o dispersa, sin un patrón de reiteración identifiable. No obstante, ver el movimiento de las decisiones dentro de los dos extremos permite hacerse una idea tanto de las razones esgrimidas en forma sistemática para adoptar las decisiones, como de las posibilidades argumentativas para apartarse de ella.

Con todo, este ejercicio resulta de vital importancia no solo para efectos de que juezas y jueces puedan adoptar una decisión respetando o alejándose del precedente, pues sirve a efectos de la estrategia de litigio y del litigio estratégico, así como para análisis interdisciplinarios en los que la lectura del derecho desde dentro sea útil. Así, dibujar el campo decisional es una forma de predecibilidad de las decisiones judiciales que puede aducirse en términos argumentativos en favor de la defensa de los derechos en el marco de un litigio particular, del cambio o adaptación del *precedente* buscando cambios estructurales o de alto impacto y para comprender el campo jurídico y el espacio social en el marco de articulaciones interdisciplinarias según el tema que se analice.

5.7.1. Dibujar el campo decisional

El sentido literal de las líneas jurisprudenciales ayuda a ver la manera en que se conforman de forma gráfica los campos decisionales. Una forma de dibujar la orientación de las líneas jurisprudenciales de forma sencilla puede hacerse de la siguiente manera:

- a) Presentar como título de la gráfica el problema jurídico.
- b) Indicar dos subreglas opuestas que resuelvan el problema jurídico.
- c) Ubicar las sentencias analizadas de conformidad con su posición con respecto a los extremos.

El gráfico permitirá ver con mayor claridad la conformación de líneas más o menos sólidas e interpretar la existencia de acuerdos conceptuales en torno a la definición de los principios y derechos. Este tipo de acuerdos son llamados por LÓPEZ MEDINA “sombras decisionales” y expresan la existencia de disensos pero no de cambios superficiales en torno a las decisiones. De forma que generan una “sombra” en la que deben caer las decisiones subsiguientes aun ubicándose en los extremos de dicho espacio, pues los disensos relativos son aceptables mientras se solidifica la línea²⁸⁵. Recuerde que la gráfica expresa una tendencia, una fotografía de los balances jurídicos que se establecen; por ello, ella es cambiante y pocas veces es una verdadera línea recta. Ahora bien, es importante señalar que una sola sentencia no necesariamente establece este cambio, es decir, un precedente es el conjunto de sentencias de tribunales de cierre que versan sobre un mismo problema y tienen una identidad de elementos fácticos; de allí, que una decisión que rompa la tendencia, no establece necesariamente una nueva, salvo que esta se acompañe de una pluralidad de decisiones que corroboren la tendencia. Por ello, no es posible afirmar que la última decisión es una línea jurisprudencial.

De esta manera se obtiene un gráfico como el siguiente:

<i>Problema jurídico.</i>		
Subregla X Cada punto representa una sentencia ubicada según su parecido con las ratio de los extremos.  (Caso nuevo: decisión ilegítima).	Subregla Y	

285 LÓPEZ MEDINA, *El derecho...*, op. cit., p. 143.

<i>Problema jurídico</i>		
	Puede expresar cambios paulatinos:	
Subregla X	<p>Y también posiciones de los Magistrados frente a las subreglas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • (Magistrado A) • (Magistrado B) • (Magistrado A) • (Magistrado B) 	Subregla Y

Fuente: LÓPEZ MEDINA, *El derecho...,* op. cit., p. 142-147.

Ejemplo 2: Estabilidad laboral reforzada

En el ejemplo que se viene trabajando existe una línea jurisprudencial relativamente homogénea, la cual, para efectos de su presentación gráfica, puede caracterizarse a partir de dos subreglas opuestas.

<i>Problema jurídico</i>		
	<p>¿Tiene derecho a estabilidad laboral reforzada de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012 un trabajador(a) incapacitado laboralmente por enfermedad originada en desarrollo de su trabajo en circunstancias conocidas por el empleador al que no se le ha realizado la calificación de invalidez y que en razón de ello es despedido(a).</p>	

<p>La protección laboral reforzada aplica para el trabajador (a) que se encuentra en incapacidad laboral sin que sea necesario un dictamen médico que determine el grado de invalidez.</p>	Rad. n.º 25130(2006)	
	Rad. n.º 32532(2008)	No basta la simple incapacidad laboral del trabajador(a) para hacerlo(a) acreedor(a) del beneficio de protección reforzada, para acceder a él es necesario el diagnóstico médico que determina un grado de discapacidad o invalidez severo o profundo.
	Rad. n.º 35606(2009) (Protección condición de discapacidad moderada)	
	Rad. n.º 36115(2010)	
	Rad. n.º 37235(2010)	
	Rad. n.º 39207 (2012)	

Ejemplo 3: Suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud

Variando un poco la gráfica, pero manteniendo sus elementos estructurales podría dibujarse el campo decisional relativo al suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud de la siguiente manera:

(-)	Problema jurídico	(+)
No	¿Vulneran las Entidades Promotoras de Salud el derecho a la salud y a la vida de una persona, cuando se niegan a garantizar el suministro de gastos de transporte para acceder al servicio de salud autorizado fuera del municipio de su domicilio?	Sí

<p>En principio no existe obligación por parte de las EPS, garantizar el suministro de gastos de transporte de sus afiliados, sino que corresponde a los propios usuarios o afiliados sufragar los gastos de su desplazamiento, o a sus familiares en atención al principio de solidaridad. Excepcionalmente corresponde a las EPS, con facultad de recobro al Fosyga o respectivo ente territorial, cuando se trata de servicios de urgencia y enfermedades de alto costo, o compromete el derecho a la vida e integridad personal del afiliado. O cuando se garantiza a través de una UPC diferencial.</p>	<p>Sentencia T-337/00 Sentencia T-1079/01 Sentencia T-467 /02 Sentencia T-900/02 Sentencia T-276/05 Sentencia T-814/06 Sentencia T-741/07 Sentencia T-760/08 Sentencia T- 149/11 Sentencia T-206/13</p>	<p>Existe obligación de las EPS de garantizar el suministro de gastos de transporte a sus afiliados, por cuanto la salud es un derecho fundamental, que en su núcleo esencial contempla la prestación del servicio con integralidad, accesibilidad económica y personal. En este sentido los gastos de transporte están contemplados dentro del POS, por lo tanto, no hay lugar a recobro por su prestación ante el Fosyga ni ante los entes territoriales.</p> <p>Los gastos de transporte en ambulancia y en un medio diferente al de ambulancia deben costearse con la UPC diferencial en aquellos lugares a los que se le ha reconocido, y con la UPC general en los demás lugares.</p>
--	--	---

5.7.2. La estrategia de litigio y el litigio estratégico

Dibujar el campo decisional no solo es ventajoso para que juezas y juezas adopten decisiones, también lo es para diseñar la estrategia de litigio, realizar control democrático de la actividad judicial o buscar que el litigio impacte en la sociedad.

El o la litigante que se encuentra bien ubicado(a) con respecto al campo decisional en un determinado caso sabrá qué argumentos son legítimos para alegar; podrá presentar razonamientos jurídicos con autoridad para defender su causa anticipando la manera en que se debe tomar la decisión. De hecho, ésta es la actividad que desempeñan cotidianamente abogados y abogadas que asumen un caso particular y aconsejan a sus usuarios(as) sobre las posibilidades y expectativas que existen de obtener respuestas favorables a sus intereses con respecto a la administración de justicia.

Presentar una argumentación racional basada en los *precedentes* e ilustrarla dentro de un proceso judicial en el que abogadas y abogados actúan en defensa de los intereses de una parte, significa mostrar a jueces y juezas la manera en que se espera que deben decidir porque así se ha venido practicando en casos similares y el respeto al principio de igualdad debería llevarlos a obedecer los *precedentes*. Sujetar en ese sentido la decisión judicial de juezas y jueces con el ánimo de defender los derechos de una parte en el proceso no solo sirve para obtener una decisión favorable sino para impugnar aquellas decisiones que no se ajustan a los *precedentes*. Las líneas jurisprudenciales como argumentos jurídicos con autoridad también podrían orientarse al cambio de *precedente* o a su resignificación.

Precisamente lo que se ha dado en denominar litigio estratégico, de alto impacto o de reforma estructural, suele tener dentro de sus objetivos lograr en las políticas públicas, la legislación, la cultura jurídica o la injusticia social centrado en el derecho²⁸⁶. Dentro del derecho, el objetivo consiste en crear, modificar o resignificar los *precedentes* en forma que con ellos se amplíen los derechos o se hagan efectivos:

“Los efectos de una determinada estrategia de litigio —más aún si se trata de un planteo que explora posibilidades no intentadas previamente— se extienden también dentro del propio Poder Judicial. (...) la decisión de un juzgado o tribunal, además de afectar la situación concreta de los protagonistas del reclamo, configura un antecedente que debe ser tenido en cuenta especialmente por los jueces, funcionarios judiciales y operadores jurídicos, más allá de que estén o no de

286 CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz y MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. “El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”. En *Universitas*, núm. 121, julio-diciembre, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 54. Igualmente, CORREA MONTOYA, Lucas. “Estrategias de litigio de alto impacto: elementos básicos para su diseño e implementación”. En *Jurídicas*, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre, 2007, p. 49.

acuerdo con la decisión adoptada. Las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia tienen, por la jerarquía del tribunal, un impacto mayor. Las instancias judiciales inferiores y el resto de los poderes políticos tendrán un margen más acotado para justificar una acción discordante con lo establecido por la Corte. Para definir una estrategia de litigio que procure la protección de derechos, es preciso analizar las decisiones judiciales precedentes y su impacto en términos políticos. De ese modo es posible advertir cuál es el nivel de intervención que el Poder Judicial admite tener respecto de una cuestión determinada y los argumentos de los actores de ese proceso. Este análisis debe ser un imperativo para quien se aboque al litigio en el ámbito de los derechos, ya que forma parte y condiciona sus decisiones estratégicas en el caso”²⁸⁷.

Conocer los *precedentes* es un paso obligado para articular las decisiones judiciales a movimientos de interés público que pretenden elevar un tema determinado en la agenda pública, en ese entendido se comprende recurrir ante el poder judicial y se desdibujan las diferencias entre juezas y jueces en tradiciones aparentemente distintas como el *civil law* y el *common law*. El poder de agenda de juezas y jueces aparece en ambas tradiciones si se entiende por este:

“[la] capacidad para obligar a las autoridades representativas (Congreso y Ejecutivo) a que aborden y den solución a ciertos problemas. Este poder de agenda comprende los siguientes aspectos: a) el poder de definir una situación como problemática y merecedora de atención; b) la facultad de obligar a las autoridades a tratar esas situaciones, a deliberar sobre las distintas alternativas de decisión y a tomar decisiones, y c) el poder de controlar la ejecución de las decisiones qué tomen”²⁸⁸.

En Colombia el seguimiento a la actividad judicial ha tenido impulso gracias a estrategias de litigio de este tipo en varias jurisdicciones y ha servido para controlar la elección misma de los magistrados de las Altas Cortes y la actividad parlamentaria con apoyo en otros elementos de la esfera pública. En suma, interpretar los campos decisionales, trazar las líneas jurisprudenciales y argumentar con base en los precedentes tiene amplias potencialidades en el marco de la estrategia de litigio y del litigio estratégico.

287 CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). *Litigio estratégico y derechos humanos*.

La lucha por el derecho. Siglo XIX Editores, Buenos Aires, 2008, pp. 29-30.

288 LINARES, Sebastián. “El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas”.

En *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 3, julio-septiembre, 2008, p. 510.

5.7.3. Herramienta interdisciplinaria

Finalmente, puede señalarse que el análisis de los campos decisionales y su expresión gráfica puede ser útil como herramienta interdisciplinaria, en tanto proporciona un punto de vista interno al propio derecho que sirve para hacer interpretaciones desde y con otras ciencias. Este tipo de análisis presenta la actividad judicial limitada en términos de los propios argumentos legítimos dentro del derecho y de los procedimientos; etapas y oportunidades procesales para aducirlos. Como ejemplo pueden citarse los análisis respecto a la profesión jurídica y sus cambios, lugar en el cual el papel de la actividad judicial resulta protagónico²⁸⁹. También podría tenerse en cuenta el análisis jurisprudencial con respecto a la antropología jurídica y el peritaje antropológico²⁹⁰. Igualmente, pueden considerarse los efectos de las providencias judiciales, las partes que participan en los procesos, la ideología de juezas y jueces y los costos económicos de sus decisiones²⁹¹.

Por otro lado, el análisis jurisprudencial tiene un alto potencial como herramienta pedagógica. Nuevamente se desdibujan las fronteras entre la tradición del *civil law* y la del *common law*, no solo es mundialmente reconocido el poder del juez en ambos sistemas de derecho, sino que las metodologías de enseñanza e investigación jurídica que tradicionalmente pertenecían a una sola tradición se empiezan a presentar en ambas²⁹². El estudio a partir del examen de casos (*leading*

289 SILVA GARCÍA, Germán. "Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y la administración de justicia". En *Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. 12, núm. 23, enero-junio, 2009, pp. 71-154. Igualmente, BERGOGLIO, María Inés. "Cambios en la profesión jurídica en América Latina". En *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, año 5, núm. 10, 2007, pp. 9-34.

290 Para Colombia, véase en general la obra de Esther SÁNCHEZ BOTERO, en particular puede verse: *El peritaje antropológico: justicia en clave cultural*. GIZ, Bogotá, 2010.

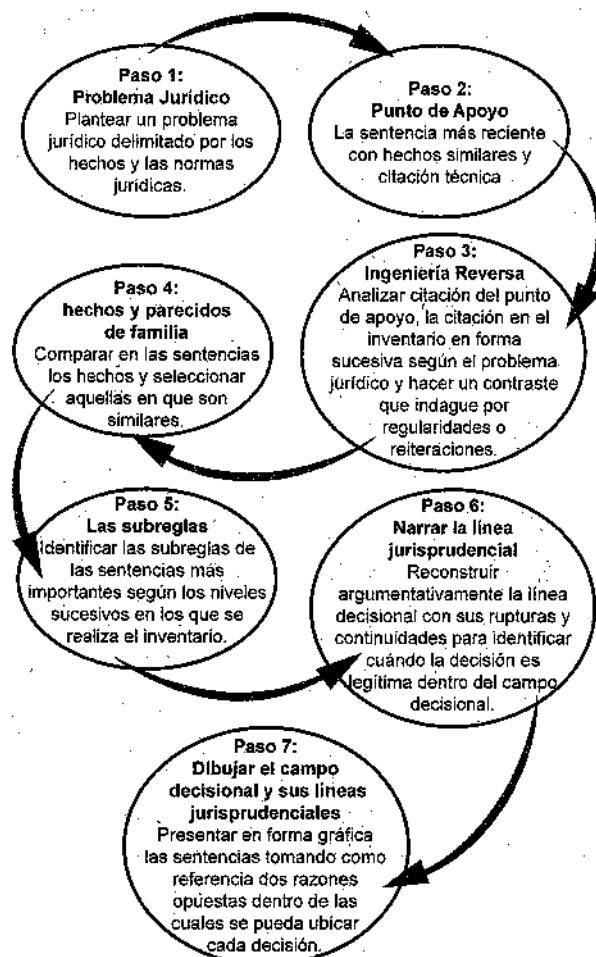
291 Véase por ejemplo: GALANTER, Marc (2005) "Por qué los "poseedores" salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico". En GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.) *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pp. 69-162.

292 "(...) no es una característica peculiar de los ordenamientos de *common law*, pues está actualmente presente en casi todos los sistemas, lo que incluye igualmente al *civil law*. Es decir, la distinción tradicional según la cual los primeros sistemas serían fundados sobre el precedente, mientras los segundos sobre la ley escrita no tiene en la actualidad –admitiendo que verdaderamente la haya tenido en un pasado– algún valor descriptivo. De un lado, en los sistemas de *civil law* se hace verdaderamente un amplio uso de la jurisprudencia, mientras que en los sistemas de *common law* se hace un amplio uso de la ley escrita, y áreas enteras de estos ordenamientos –desde el derecho comercial al derecho procesal– son en realidad «codificadas». TARUFFO, Michelle. "Precedente y jurisprudencia". En *Precedente. Anuario Jurídico*. Universidad ICESI, 2007, p. 85.

case) por ejemplo, es un escenario imprescindible en términos constitucionales, siendo obligado para los y las estudiantes de derecho leer las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que abrieron paso a la Constituyente de 1991 o las decisiones de la Corte Constitucional sobre temas como el aborto, la eutanasia y la obligatoriedad misma del precedente. Las compilaciones de casos emblemáticos que configuraron precedentes (*case book*), los comentarios de jurisprudencia en las revistas de derecho, en las columnas de opinión y el uso mismo de la jurisprudencia en la arena legislativa también ejemplifican la importancia del análisis jurisprudencial.

5.8. RESUMEN ESQUEMÁTICO

Ilustración 1. Siete pasos para hacer una línea jurisprudencial.



5.9. EJERCICIO DE ANÁLISIS

5.9.1. ¿Protección especial en incapacidades laborales?

Según la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial analizada en el ejemplo 2 de la presente unidad, la filosofía que informa a la Ley 361 de 1997 en relación con la protección especial de los (las) trabajadores(as), el objetivo es garantizar la reintegración social de las personas en condición de discapacidad:

"Se trata de una ley que según la exposición de motivos tuvo por objeto la integración social de los discapacitados (Gaceta del Congreso número 364 del 30 octubre de 1995). Los capítulos que la integran consagran garantías que asumen el Estado y la sociedad para facilitar al antes señalado grupo de personas un modo de vida digno que les permita la rehabilitación, bienestar social, el acceso preferente a la educación, a los bienes y al espacio de uso público, al trabajo, etc." Rad. n.º 25130(2006).

Este objetivo se logra, en la interpretación de la Corte Suprema, considerando que aplica una protección consistente en que la prohibición de despido de las personas por razón de su discapacidad cuando ella es grave (superior al 25% de la pérdida de capacidad laboral) requiere de una justa causa y de la autorización del Ministerio de trabajo.

5.9.2. La historia

Un trabajador ha laborado desde 1982 en una empresa del sector metalúrgico. Con ocasión de un accidente de trabajo en sus extremidades inferiores, el médico le otorga varias incapacidades laborales para que guarde reposo mientras se observa la evolución de las lesiones. Sin embargo, la empresa decide dar por terminado el contrato en tanto las incapacidades excedieron de 180 días continuos, el despido se hace sin solicitar y obtener el permiso del Ministerio de la Protección Social.

5.9.3. Los alegatos

La demanda interpuesta por la apoderada del trabajador se basa en una argumentación según la cual debe aplicarse el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo en punto a la remisión analógica para, a su vez, proceder a la aplicación del artículo 239 del mismo estatuto que establece presunción de los motivos de despido tratándose de trabajadoras embarazadas. De tal suerte que, en virtud de esta analogía, la accionante considera debe establecerse la protección a la estabilidad reforzada del trabajador. Además, dicha protección es obligatoria en virtud de la jurisprudencia constitucional y de la propia consagración constitucional de la protección especial a personas en condición de vulnerabilidad.

5.9.4. El análisis

Usted(es) debe(n) resolver el asunto y para ello deben tener en cuenta el precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia expuesto en forma de ejemplo en la presente unidad. No obstante, para efectos de fundamentar su decisión deben reconstruir una línea jurisprudencial sólida con base en la cual pueda darse respuesta a los argumentos planteados en el alegato. Es decir, plantear las razones suficientes que han usado las Altas Cortes para responder a una situación como la del caso y a los alegatos de la parte actora.

La argumentación que usted(es) sostengan debe tener en cuenta dos tipos de precedentes, los precedentes fijados por la Corte Suprema de Justicia y los precedentes fijados por la Corte Constitucional acotados por el patrón fáctico. Sea cual sea la decisión que se decide tomar, debe indicarse con claridad cuáles son las líneas jurisprudenciales que existen, cuál es el precedente que resulta obligatorio y si se obedece o no y por qué.

	<p>5.10. EJERCICIO DE AUTOEVALUACIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> a) En la práctica cotidiana de resolver casos en su(s) despachos, responda y discuta con sus compañeras y compañeros las siguientes cuestiones: b) ¿Acostumbra basar sus fallos en una línea jurisprudencial? ¿Con qué regularidad cita las sentencias de las Altas Cortes? c) Cuando usted(es) se basan en la jurisprudencia para fundamentar sus decisiones, ¿reconstruye(n) la línea como argumento o se basa(n) en una sentencia específica? d) ¿Con qué regularidad los(as) litigantes que acuden a su despacho elaboran líneas jurisprudenciales que usted(es) deba(n) revisar? e) ¿En su práctica profesional ha encontrado líneas jurisprudenciales con las que no esté de acuerdo? ¿Esta situación se presenta actualmente en su desempeño como juez o jueza respecto a algún asunto de su despacho?
--	---



Unidad 6

PONDERACIÓN, CONCRECIÓN Y RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i> Identificar los desarrollos recientes de la hermenéutica constitucional. Concretamente a las derivaciones y casuísticas del juicio de ponderación.
<i>Oe</i>	<i>Objetivos específicos</i> Analizar el juicio de ponderación concretizado en tres tipos de derechos fundamentales (de defensa, de igualdad y prestacionales).

6.1. INTRODUCCIÓN

Qué es la ponderación, resulta reiterativo definirlo. Podríamos resumirlo en que es una metáfora sobre el balanceo de normas con estructura de principio, que caso a caso, tienen precedencias condicionadas²⁹³, tiene “peso”. Nadie defiende que un principio constitucional sea tangible, material, para asignarle la propiedad de masa, y por tanto de peso. Así, la ponderación se presenta como una ficción, una figuración. Consiste en asignar mayor o menor peso a un principio constitucional que se encuentra en tensión o conflicto con otro, de igual rango superior. Esta asignación de mayor peso, por un caso puntual, se opone así, a la subsunción, y a la interpretación y aplicación de “reglas”. Surge así, otro lugar común: la distinción entre reglas y principios. En otro módulo de la Escuela Judicial se expuso dicha distinción²⁹⁴. Sin que dicha categorización carezca de polémica²⁹⁵, basta con reiterar

293 ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

294 PEÑA AYAZO, Jairo Iván y BONORINO Pablo Raúl, Filosofía del Derecho, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia, 2^a Edición, Bogotá, 2006.

295 Muchos apuntan a que podría ser una diferencia de grado, y no de calidad. Siendo los principios más generales, abstractos, mientras las reglas podrían presentarse como normas concretas, precisas. Ver MARTÍNEZ ZORRILLA David, Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 71 y ss.

que un principio es un enunciado normativo positivo que contiene un mandato a que se consiga un resultado (el contenido de un derecho constitucional, por ejemplo) “en la mayor medida de lo posible” a partir de los límites que se encuentran en el sistema jurídico o las condiciones materiales²⁹⁶. Por el contrario las reglas, son enunciados jurídicos que no pueden ser cumplidos gradualmente, “o todo o nada”.

Según esta distinción el sistema jurídico del contemporáneo (neoconstitucionalismo), estaría integrado por enunciados normativos con la estructura de reglas y principios. Los principios se aplicarían siguiendo la ley de colisión o principio de proporcionalidad del tribunal federal alemán, mientras las reglas se subsumen, y sus conflictos se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias (*lex superior, lex posterior, lex específica*). Hasta aquí no hemos dicho nada nuevo. Valdría la pena polemizar con Zagrebelsky, quien en su texto de 1995, señaló que los principios suelen encontrarse en constituciones, mientras las reglas en normas legislativas²⁹⁷. Con esto parece dar a entender que la ponderación solo concierne a constitucionalistas, por el contrario, la clásica subsunción, continúa viva en el derecho legislado.

Como hemos querido insistir a lo largo de este módulo, no consideramos cierto que pueda establecerse diferenciaciones de calidad, entre la interpretación jurídica en general, y la constitucional, en específico. La hermenéutica, el diálogo entre horizontes (el del texto, y el del intérprete), no cambia como proceso cognitivo, si se trata del capítulo sobre delitos contra el DIH del código penal, de las normas para imponer o no una medida de aseguramiento, si se determinan las restricciones al régimen de visitas de un padre o madre, o si se trata de determinar el contenido del derecho al mínimo vital.

Continuando con la ponderación, vemos entonces, que la herramienta coincide, con la aparición de nuevas formas de juridicidad (los principios), y que dicho momento, lo denominan “neoconstitucionalismo”. No consideramos que sea este el espacio para entrar en el debate que rodea al neologismo. Prosigamos. La herramienta que tratamos, es básicamente el mecanismo del Tribunal Constitucional Alemán, para resolver casos de contradicciones concretas entre dos principios constitucionales. Al afirmarse que la ponderación es una precedencia condicionada, se quiere señalar que es una solución caso a caso. No universal o equivalente para todos los casos de tensión entre los mismos derechos. Habrá eventos en los que un principio “pese más” que el opuesto, y a la inversa.

²⁹⁶ ALEXY, Robert óp. cit. p. 86.

²⁹⁷ El Derecho Dúctil, Ley derecho, justicia, Madrid, Trotta, p. 110.

Un caso puede ilustrar lo que señalamos. Una juez laboral puede conocer de los siguientes hechos:

1. Un directivo de una empresa difunde información personal sobre uno de los empleados de la corporación.
2. La difusión de dicha información personal lleva a que la cotidianidad del empleado se convierta en insostenible, es acusado por sus compañeros de trabajo, pierde credibilidad ante sus pares, y presenta su carta de renuncia.
3. Ello no es óbice, para que presente demanda laboral por incumplimiento unilateral del contrato de trabajo, ya que el empresario desconoció diversas obligaciones generales del empleador.

Si el juez laboral encuentra que la información que difunde el empleador tiene que ver con la vida familiar, su convivencia más íntima del trabajador, que este siempre se esforzó por cuidar dicha información, nunca divulgó fotografías en redes sociales, era en general muy celoso de su vida personal, no sería descabellado ordenar la indemnización por despido sin justa causa.

Por el contrario, si el empleador difunde información relacionada con el indebido manejo de las cuentas, caja, o tesorería de la cooperativa de trabajadores por parte del trabajador. Y además el trabajador se presenta para su reelección como tesorero de la cooperativa, y el evento electoral se aproxima en el calendario. ¿El juez laboral podría tomar la misma decisión?, en principio, valdría la pena mayor reflexión.

Qué evidencian estos hechos hipotéticos. En el primer caso el derecho a la intimidad, y de manera consecuente su derecho al trabajo, se ve afectado sin justificación o razón aparente. El trabajador, siempre se esforzó en proteger su vida personal. Por el contrario, en el segundo caso, el trabajador administra recursos de una cooperativa de trabajadores, y se pretende reelegir en el cargo, y de hecho está la información que se difunde. En la segunda hipótesis le asisten justificaciones al empleador para difundir la información.

A esto hace referencia el concepto de “precedencia condicionada”, al hecho de que, *prima facie* y siempre discutible, en un determinado caso el derecho a la intimidad prima frente al derecho a la libertad de información del empleador y los demás trabajadores, mientras en la otra hipótesis, prima el derecho a difundir

y recibir información, aparentemente de interés colectivo, en un momento en el que se elige un importante cargo de la cooperativa de trabajadores. No es posible afirmar que en todos los casos de tensión entre libertad de información y derecho a la intimidad, pesara más, el derecho a la intimidad. La precedencia de uno y otro, depende de los hechos del caso.

Esta ponderación se realiza siguiendo una ley de ponderación, un juicio de proporcionalidad. En general, la herramienta es la usada por el Tribunal Constitucional Alemán, y que en su texto la teoría de los derechos fundamentales Alexy, defiende como una forma razonada, discursiva, controlable de resolver problemas y aplicar derechos fundamentales. Esta consta de tres niveles o subprincipios, a) adecuación; b) necesidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto²⁹⁸. En seguida volvemos sobre el contenido de cada uno. Por ahora señalemos que cada uno de estos se presenta como condición necesaria, de tal modo que si una restricción a un principio constitucional, no supera el primer subtest, no tiene sentido seguir al siguiente, y la medida se considera injustificada. Igualmente, cada uno de los subtest es sucesivo del anterior. Solo si la restricción es idónea, se pregunta si es necesaria, y solo si es necesaria, se debe establecer si es estrictamente proporcional. El fracaso de la medida en cualquiera de estas tres etapas supone, su inmediata inconstitucionalidad, y hace innecesario continuar en las etapas posteriores.

La “*adecuación*” es entendida como la relación causal entre la medida restrictiva y el principio constitucional que se busca maximizar. Es decir, que si decidio restringir un derecho o principio, efectivamente implique la maximización del derecho enfrentado. Toda intervención en un derecho fundamental debe ser idónea, para alcanzar un fin legítimo constitucionalmente. Veremos a propósito del derecho a la igualdad, que dicha adecuación, puede ser aún más exigente, y requerir alcanzar un imperioso fin constitucional (ya se precisará).

Surgen en la idoneidad dos elementos a explicitar; a) que la restricción a un derecho o principios constitucional persiga un fin legítimo y b) que la medida sea adecuada, lleve causalmente, sea apta, contribuya, a conseguir ese objetivo.

La “*necesidad*” se relaciona con la obligación del juez constitucional o del legislador, de seleccionar el mecanismo más benigno para la restricción del

298 BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.

Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 2003, p. 687, en igual sentido, el mismo autor en “Estructura y límites de la ponderación” en Revista Doxa, 26, pp. 225-238.

derecho, en el sentido de que no exista un medio alternativo, igual de idóneo, y menos gravoso. En tal caso, deberá preferirse el menos gravoso. La no superación de la necesidad se presenta cuando concurren las siguientes de tres hipótesis²⁹⁹: a) la existencia de varias alternativas para alcanzar el fin establecido; b) que alguna de las alternativas sea menos gravosa; y c) que estas alternativas menos gravosas tengan el mismo grado de idoneidad.

Finalmente la “*estricta proporcionalidad*” hace referencia a la relación costo-beneficio de la restricción, enfrentada con la maximización. No podría un juez constitucional restringir fuertemente un derecho, para maximizar débilmente otro. Una decisión es justificada si los beneficios obtenidos (la maximización de un derecho) supera los costes (la restricción de otro derecho). Para ellos, se requiere: a) determinar el grado de lesión del derecho o principio restringido; b) determinar el grado de maximización del derecho o principio potenciado; y c) comparar las dos magnitudes con el fin de corroborar que como mínimo hubo una satisfacción superior a la restricción. No tendría sentido restringir fuertemente un derecho o principio, para lograr una débil maximización:

Es en este punto donde Alexy presenta su ley o fórmula de peso:

$$\frac{GPIJC}{WPjC} = IPiC$$

Esta “fórmula” ha sido, con motivos, acusada de innecesaria, excesiva, inútil e incluso contradictoria³⁰⁰. Pretende asignar dimensiones, magnitudes al grado de satisfacción como al grado de restricción de los principios en colisión con el fin de establecer los casos en los que es intensa la maximización, sobre una limitación débil o media.

Sin duda, abunda la literatura tanto nacional como extranjera, así como las teóricas o más prácticas sobre este asunto³⁰¹. Queremos profundizar en esa

299 MARTÍNEZ ZORRILLA David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 242.

300 Durante toda la explicación Alexy se esfuerza en mostrar que la ponderación es opuesta a la subsunción, aunque, al parecer, la fórmula del peso resume el balance a una subsunción. GARCÍA AMADO, Juan León, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación* óp. cit. 316

301 Cfr. MARTÍNEZ ZORRILLA David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 202; PRIETO SANCHIS, L., *El juicio de ponderación en justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, pp. 175-216.

estructura de la ponderación, y una casuística que tenga en cuenta el tipo de derecho sobre el que se aplica. No pretendo aquí explicarla al menos por dos motivos: i) la Corte Constitucional nunca la ha usado para resolver la magnitud de la restricción vs. la magnitud de la potenciación; y ii) porque si bien, una vez explicada, puede ilustrar lo que exige el subtest de proporcionalidad en sentido estricto, ello también se puede hacer sin acudir a la formalización, en muchas ocasiones, más problemática que pedagógica. Podríamos explicar la estricta proporcionalidad de la siguiente manera:

Pensemos en una variación, un poco improbable, del ejemplo del juez laboral que resuelve la difusión de información. En este tercer escenario aún no se ha difundido la información sobre los manejos indebidos de la tesorería de la cooperativa de trabajadores. El empleador conoce las fuentes y las va a difundir, pero el trabajador se adelanta y acude a un juez con el fin de pedir en sede de tutela que prohíba la difusión. Acto constitutivo de censura. El empleador señala que la información la tienen otros trabajadores, y el revisor fiscal de la cooperativa,

En todo caso el juez de tutela, protege los derechos a la intimidad del trabajador y establece la censura (la prohibición previa de difundir la información en cuestión). Ello no impide que la información sobre los manejos indebidos de la tesorería de la cooperativa fuera masivamente difundida al interior de la empresa, ya que otras personas tenían la misma información.

¿Cuál fue el grado de afectación del derecho a la libertad de difundir información? Alta, altísima, se ordenó una censura previa (prohibida constitucionalmente); ¿Cuál fue el grado de satisfacción del derecho a la intimidad? Baja, si no es que nulo. En todo caso la información fue difundida. Este es el tipo de racionamiento que el juez debe plantearse para resolver la estricta proporcionalidad. Garantizar que plausiblemente, se potencie el derecho, tanto como se restringe el opuesto. No resulta justificado potenciar poco un derecho, a consta de una alta restricción.

Previo a ello, contextualizaremos, brevemente la ponderación, y su balance dogmático en la literatura especializada. Veremos que la herramienta es usada, no sin polémicas sobre su “objetividad”, o usada para cuestionar la labor de los jueces. Expondremos finalmente, una breve reflexión relacionada con el asunto, tomando partido por una defensa de la técnica de interpretación y restricción de derechos, como una forma “jurídica” de racionamiento.

6.2. LA PONDERACIÓN EN PERSPECTIVA

La defensa de la herramienta de la ponderación, y en general los test usados por los jueces constitucionales, suelen ser atacados y cuestionados por ser formas de toma de decisiones indeterminadas, caprichosas e incontrolables, morales o discretionales³⁰². Desde quienes señalan que son *intuiciones* morales las que nos guían a las respuestas, hasta quienes señalan que es un ejercicio totalmente discrecional de las preferencias del intérprete. En general el cuestionamiento a la ponderación como herramienta suele estar ligada a la “objetividad” de la respuesta del intérprete. Quienes defienden la ponderación como herramienta interpretativa-argumentativa de los jueces constitucionales, suelen señalar su carácter justificado y racional de la solución de un conflicto; así como las características principalísticas del neoconstitucionalismo contemporáneo³⁰³, y por tanto, la necesidad de recurrir a la ponderación, frente a la subsunción.

Sin entrar en debates epistemológicos sobre la posibilidad de la “objetividad” en las ciencias sociales y humanas de la actualidad, queremos añadir un argumento en defensa de la ponderación ya que cumple un efecto “clínico” de “asepsia” en la argumentación judicial. Resulta sencillo que en un debate sobre la primacía o no de un derecho fundamental o principio constitucional, esencialmente debates morales, o al menos pospositivistas³⁰⁴, se involucren de manera velada o explícita “prejuicios” (malos en el sentido gadameriano)³⁰⁵. Ello sin duda resulta posible. La importancia de la ponderación, más allá del escepticismo o no que se tenga frente a ella, es que obliga a tener un debate “jurídico”, argumentado en clave de fuentes o tradición jurídica. La interpretación jurídica y sin duda la constitucional, se presta para que en lugar de ser juristas, queramos ser “antropólogos”, “historiadores” o “sociólogos”. La ponderación, obliga a los interlocutores, como mínimo, a ser juristas, solo ello; a discutir en términos jurídicos (adecuación, necesidad, estricta

302 MARTÍNEZ ZORRILLA David, Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 156 y ss. GUASTINI, Ricardo. Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona, Gedisa.

303 Manuel Atienza, “A Vueltas con la ponderación” en Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García, Un debate sobre la ponderación, Palestra Editores, Lima, 2012.

304 El post positivismo es la “categoría” que usa Paolo Comanducci, para referirse a los debates del neo constitucionalismo, como discusiones sobre normas (positivismo), pero con un profundo trasfondo moral, especialmente contenido en cartas de derechos y tratados sobre derechos humanos.

305 Como vimos Gadamer distingue entre prejuicio bueno (condición de toda posibilidad de entendimiento con un texto, con otro), del prejuicio malo como aquel que en lugar de posibilitar la comprensión, la distorsiona, la imposibilita.

proporcionalidad), y no pretender resolver discusiones sobre derechos, como si el juez constitucional alcanzara la formación compresiva de la realidad.

A continuación quisiéramos, entonces, profundizar sobre la ponderación, pero en razón al tipo de derecho que se trate. Ya sea derecho de libertad o defensa, derecho de igualdad o derecho prestacional. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, clasifica los derechos fundamentales, a partir del contenido de la obligación, *prima facie*. Esta categorización divide los derechos fundamentales, en su dimensión tanto objetiva como subjetiva, en tres tipos³⁰⁶; derechos de libertad o de defensa, herederos de la tradición kantiana, que entendía la libertad como libertad negativa, es decir, un espacio en la que ni el Estado ni un particular podría, legítimamente intervenir. La obligación de este tipo de derechos se concretiza entonces, *prima facie*, en una abstención por parte del Estado o de los particulares.

Esta distinción es frágil, imprecisa, e incluso peligrosa. Es frágil en la medida en que existen muchos casos en los que un derecho de libertad o de defensa, exige para su protección, no una abstención, una actividad positiva del Estado. Por el contrario, en muchos casos, un derecho prestacional implica una omisión estatal, y no una intervención. Es imprecisa, debido a que supuestamente se funda en que los derechos civiles son fruto de unas tradiciones puntuales (revoluciones liberales) mientras los derechos sociales son producto de reivindicaciones de los procesos revolucionarios de inicios del siglo XX (las revoluciones proletarias de la URSS o la revolución campesina en México). Esto es históricamente errado, ya que en diversos eventos y documentos de las primeras revoluciones modernas aparece reconocimiento a derechos prestacionales u obligaciones estatales fundadas en la solidaridad colectiva. Basta recordar la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la constitución jacobina de 1793 en sus artículos 21 y 22³⁰⁷ establecían *la asistencia social como una deuda sagrada*.

306 Los clásicos ALEXY Robert. Teoría de los Derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Existen otras muchas categorizaciones, tanto en la doctrina nacional como internacional. Cfr. QUINCHE, Manuel, *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, Ibáñez 2008.

307 Artículo 21. Principios de Asistencia y seguridad social: La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar.; Artículo 22 Principios de necesidad de la educación: La educación es necesidad de todos. La sociedad debe esforzarse al máximo para favorecer el progreso de la razón pública, y poner la educación pública al alcance de todos los ciudadanos.

Finalmente la distinción es incluso inconveniente, debido a que algún sector de la doctrina, señalaba que los derechos sociales al ser derechos “programáticos”, no generaban directamente obligaciones frente al Estado. Era imposible, en esa medida, judicializar la vulneración de derechos sociales. El argumento más sólido contra esta “obligatoriedad disminuida” de los derechos sociales, está contenido en la doctrina de la interdependencia de los derechos³⁰⁸. Es decir, la estrecha vinculación entre los derechos individuales como “condición de toda posibilidad” de los derechos sociales; y lo opuesto, los derechos sociales como requisito, para un adecuado ejercicio de los derechos individuales. ¿Cómo es posible ejercer adecuadamente el derecho al voto, o a recibir información en un mercado libre de ideas, sin una adecuada educación, o formación política?

El propio Robert Alexy, en un reciente texto señala que sería un error confundir el concepto de derechos liberales clásicos, con el contemporáneo concepto de derecho constitucional fundamental, ya que, en atención al carácter “expansivo” de los mismos, hoy, parece más preciso hablar de derechos de acción negativa del Estado, y derechos de acción positivos del Estado, como específicos del genérico “derechos constitucionales”³⁰⁹.

En otro texto tuve la intención de señalar la insuficiencia de tal distinción, y especial polemizar con las consecuencias de la misma. La supuesta justiciabilidad de los derechos individuales, y el falso carácter programático de los derechos sociales³¹⁰. Usamos la distinción entre derechos de defensa, de igualdad y prestacionales, al menos por cuatro motivos; i) su uso en nada implica que consideremos que son derechos con justiciabilidades diferenciadas. Sobreentendemos que sin importar, la ubicación de un derecho en la Constitución (Capítulo I, o Capítulo II, del Título II)³¹¹; ii) categorizar los derechos conforme a su obligación *prima facie* además de

308 Contenido en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993. Principio 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”. La propia Corte Constitucional ha reconocido la vigencia de la doctrina de la declaración y programa de acción de Viena, así como la interdependencia entre los derechos.

309 ALEXY Robert. Sobre los derechos constitucionales a protección en Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio jurídico europeo, Madrid, 2 ed. 2009 p. 46.

310 TORRES AVILA, Jheison. El mandato del estado social de derecho en la constitución colombiana los derechos sociales y el mínimo vital, USTA, 2012.

311 Contreras Peláez, F. Derechos sociales: Teoría e ideología, Madrid, 1994, p. 21 señala que no existen obligaciones negativas puras, pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos. Citado por Abramovic. V. y Courtis, C. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándar internacional y criterios de aplicación ante tribunales locales.

permitir evidenciar cómo cambian o se ajustan los subtest del juicio de ponderación; iii) la doctrina señala que la diferencia entre los derechos sociales y los civiles y políticos suele ser de grado y no de calidad, pero aún es posible evidenciar particularidades *prima facie*; y finalmente iv) la propia Corte Constitucional usa la categorización enunciada³¹².

Señalamos *prima facie*, debido a que sin duda, es posible encontrar múltiples casos en los que resolver el caso de un derecho de defensa o libertad, su violación requiere, no la omisión estatal, sino por el contrario su actividad. Así, en casos en los que se discute la vulneración o no de un derecho de defensa, en principio, resulta inconstitucional la acción estatal, o la acción excesiva. Es por ello que en el juicio de ponderación, se inicia presumiendo la ilegitimidad de una medida. Como veremos la ponderación se concretiza de diferente manera, a la forma estandarizada. Por el contrario, un derecho de igualdad, es aquel cuya solución requiere establecer una relación, hacer una comparación, entre personas, estados de cosas, o situaciones. En un derecho de igualdad, no es posible predicar violación o no de un derecho, en abstracto y sin establecer una comparación con otra persona, grupo de personas, o estados de cosas. En ellos, la obligación se reduce al deber del Estado de maximizar el principio de igualdad, y prohibir las distinciones sin que exista razón suficiente. Es por ello que se presume inconstitucional, que un trato es desigual cuando carece de razón suficiente. Finalmente los derechos sociales, conocidos por todos, contienen una obligación que en principio se traduce en una prestación estatal, y en el desarrollo progresivo y no regresivo de la prestación. Ello hace que se presuma que la restricción, en principio es inconstitucional, y solo si asiste razón, es posible defender su constitucionalidad.

Este módulo sobre herramientas de interpretación jurídica, quisiera entonces, profundizar en esta casuística, e insistir, que la concreción del juicio de ponderación, cambia, dependiendo del tipo de derecho que tratemos. En aras de no problematizar un ejercicio, esencialmente casuístico, por tanto, práctico y sin ninguna pretensión teórica, desarrollaremos la ponderación en cada tipo de derecho, a partir de un caso “tipo”.

6.3 PONDERACIÓN EN DERECHOS DE LIBERTAD

Resolvamos primero. ¿Qué es un derecho de libertad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional? Siguiendo la doctrina el tribunal los define como “una

³¹² Como veremos a lo largo de este acápite, la Corte, en múltiples ocasiones define el juicio de ponderación a partir de si es un “derecho de defensa” un “derecho de igualdad” o un derecho “social” o “prestacional”.

serie de garantías que tiene el individuo para actuar de determinada manera, sin que el Estado o terceras personas puedan impedirle llevar a cabo sus acciones. Sin embargo, ello no significa que esta serie de garantías ni el conjunto de conductas protegidas frente a unos y a otros sea el mismo. Por el contrario, en principio, los derechos de libertad obligan al Estado y a los particulares a abstenerse de cometer conductas que los vulneren, pero implican el deber adicional del Estado de actuar positivamente para garantizar su eficacia³¹³.

Trabajamos a continuación un caso relacionado con la libertad de expresión que fue desarrollado y resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-391 de 2007. Dicho caso presenta múltiples virtudes pedagógicas, y como ninguna ilustra la actividad hermenéutica jurídica y constitucional.

Los hechos de la providencia son conocidos por muchos, aunque los podemos resumir como sigue. Una emisora difunde contenidos chocantes, antisonantes, en muchas ocasiones ofensivos, en horarios en los que no es posible controlar la audiencia a la que llega. Una junta de padres y madres de familia inicia una acción popular contra la emisora, logrando que el Consejo de Estado imponga restricciones a la difusión de los contenidos del programa. Posteriormente, la Cadena Radial, inicia una acción de tutela con el fin de revertir la decisión. El caso presenta múltiples virtudes. En general, el grueso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha resultado bastante generosa en temas de libertad de expresión. Desde las clásicas Sentencias C-010 de 2000 o la T-1319 de 2001, la Corte se ha preciado de dar la dimensión política que tienen los debates sobre libertad de expresión³¹⁴. En la T-391 de 2007, recurriendo a una amplia tradición nacional, interamericana, así como internacional, concretiza “los pasos” del juicio de ponderación tratándose del derecho a la libertad de expresión en genérico; y puntualiza las diversas precisiones que pueden hacerse derecho a derecho, así como las tradiciones que deben consultarse.

La Corte inicia su labor definiendo el contenido de las obligaciones estatales frente a este derecho, y lo relacionado a su importancia como columna de un sistema democrático, y condición para garantizar un mercado libre de ideas. Esto tiene importancia en razón a que limita fuertemente las restricciones permitidas al derecho. Dicha caracterización permitió darle nuevas dimensiones a la limitación del derecho.

313 Cfr. Corte Constitucional T-1140 de 2001.

314 En otros casos, por desgracia (Cfr. C-442 de 2011), ha defendido posiciones más conservadoras y punitivas.

Debemos empezar por mencionar que la Corte Constitucional y la Corte IDH han señalado que un doble estándar del que goza el derecho a la libertad de expresión en sentido amplio; primero como *conditione sine qua non* para cualquier sociedad democrática o “estándar democrático”³¹⁵, y como derecho de doble vía o “estándar de dos dimensiones”.

El primero se refiere, a que libertad de expresión además de ser un derecho individual, es una condición para el ejercicio de otros derechos políticos, ya que solo con su ejercicio se materializa el debate público, la confrontación de ideas y el derecho al disenso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó:

“[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”³¹⁶.

Al restringirse la libertad de expresión, se está limitando o incluso suspendiendo el debate público, la confrontación política propias de las sociedades pluralistas y diversas, además del derecho de todas y todos a criticar, cuestionar o apoyar las decisiones que nos afectan. Debido a esta característica como “condición de la democracia”, la Corte Constitucional otorgó un lugar especial y preferente dentro del sistema jurídico colombiano:

“La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no solo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (C. P. art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (C. P. art. 71) sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (C. P. arts. 1º, 3º y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación

³¹⁵ BERTONI, Eduardo Andrés. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en www.adc.org.ar/download.php?fileId=344

³¹⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa, supra nota 15, párr. 112; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra nota 114, párr. 70.

ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no solo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado”³¹⁷. (Negrillas fuera del texto).

La segunda característica, se refiere a que el derecho fundamental a la libertad de expresión es de “doble vía” o dos dimensiones. Esta quiere decir; que una restricción a este derecho no solo afecta a la persona a quien se le ha impedido difundir, buscar o recibir información, opiniones o ideas, sino que implica, también, una vulneración al derecho de las personas destinatarias³¹⁸. La Corte Constitucional ha explicado esto:

“Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. **Por otra parte, la libertad de expresión stricto senso –entendida como un medio para el intercambio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas– tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea”**³¹⁹. (Negrillas fuera del texto).

317 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-010 de 2000.

318 La Corte IDH ha dicho: “Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representar, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. OC-05/85 Parágrafo 30. En igual sentido Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Eduardo Kimel vs. Argentina sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C n.º 177, párr. 53 entre otras.

319 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-391 de 2007.

Estas dos características llevaron a la Corte Constitucional a establecer que cualquier restricción a ella, tiene que cumplir con varios requisitos como: tener el propósito de alcanzar fines compatibles con la democracia, superar un estricto juicio de ponderación, y que de presentarse, *prima facie* se entenderán contrarias a la Carta.

“La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: **existe una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión**. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres: Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional; **presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto; sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto**. La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible.”(Negrillas fuera del texto).

Agrega en la misma decisión que *Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública —en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole—, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada.*

Vale la pena, explicitar varias conclusiones a partir de los párrafos de la sentencia:

1. La ponderación, su restricción frente a otros derechos o principios constitucionales, requiere primero establecer el contenido a partir de lo previsto en la norma constitucional, y las normas internacionales.

2. Establecer el contenido de la obligación; i) releva la importancia del derecho para el régimen político; sus dimensiones más allá de la individual; ii) permite explicitar las restricciones inequívocamente prohibidas (la censura previa); y iii) permite relevar que se presume inconstitucional las restante restricciones, lo cual lleva a que quien propone la limitación, deba proponer una fuerte argumentación.

Esta carga argumentativa de quien defiende una restricción a la libertad de expresión (presumiéndose esta inconstitucional) se concretiza en los siguientes pasos de la ponderación. Un primer momento definitorio (**carga definitoria**): entendida como la obligación de decir en qué consiste a) *la finalidad* que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; b) *cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo*; c) y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación; ii) el segundo momento (**carga argumentativa**): Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante y finalmente; iii) el tercer momento (**carga probatoria**) es decir, en la que las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad.

Este juicio de ponderación o requisitos de restricción del derecho a la libertad de expresión, como derecho de defensa, no es otra cosa que el correlato constitucional del juicio que el sistema interamericano ha desarrollado en la restricción del mismo-derecho. No es otra cosa que el mismo juicio de ponderación, con ajustes y precisiones en el caso de la libertad de expresión conforme ha sido previsto en la Convención Americana. Tanto la Corte como la Comisión Interamericana han desarrollado el concepto de juicio tripartito, entendido como la corresponsabilidad de la restricción a este derecho de libertad, con los principios democráticos, y además:

“Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) **la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material**; (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”³²⁰.

El Sistema Interamericano define esta ponderación como “*juicio tripartito*” en atención a la concreta definición de libertad de expresión que hace el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La T-391 de 2007, integra los requisitos al juicio de ponderación estándar. A partir del rol de dicho derecho y que la Convención exige que la restricción se funde en una norma legal (una ley en sentido formal), que la defina –la restricción– de manera clara, inequívoca y taxativa.

Un aspecto relevante de la Sentencia T-391 de 2007, y que tocaremos más adelante, aunque se conecta con la unidad número uno del módulo, se refiere al papel de diferentes “tradiciones” jurídicas, que ayudan a determinar el *corpus jurídico* aplicable. En el acápite IV-2, IV-3 y IV-4 de la decisión –anexa a la parte resolutiva–, constantemente recurre a fallos del sistema europeo de derechos humanos (en al menos 12 ocasiones citas) y desarrolla diversas providencias de tribunales de EUA. Veamos un fragmento a título de ejemplo:

En el pie de página 69 encontramos el siguiente pasaje:

“A nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la formulación representativa de esta teoría se hizo en el caso de **Whitney v. California** (1927): “Quienes lograron nuestra independencia creían que el objetivo final del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades; y que en su gobierno, las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre la arbitrariedad... Creían que la libertad de pensar como se quiera y decir lo

³²⁰ Seguimos el Informe de la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de 2009. Párr. 68.

que se piensa era un medio indispensable para el descubrimiento y diseminación de la verdad política; ... que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político; y que este debía ser un principio fundamental del gobierno de los Estados Unidos” [traducción informal: “Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary... They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; ...that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of American government”. 274 US 357, 1927].”

Posteriormente:

La Corte Europea de Derechos Humanos, a su vez, ha reiterado en numerosas oportunidades que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos o pilares esenciales de las sociedades democráticas y una de las condiciones fundamentales para su progreso, postulado que constituye la premisa del esquema analítico y decisorio aplicado por este tribunal en casos relacionados con el artículo 10 de la Convención Europea³²¹.

Por qué acude a dos tradiciones diferentes a las del sistema interamericano no es lo que queremos subrayar. En general, tiene un papel de *obiter dictum* dentro de la decisión, y no hacen otra cosa que reforzar o erudizar la providencia, que en todo caso se funda en la jurisprudencia de la Corte misma y el Sistema Interamericano.

321 Ver, entre muchos otros, los casos de Busuioc v. Moldavia (Aplicación n.º 61513/00, sentencia del 21 de diciembre de 2004 –versión final del 21 de marzo de 2005); Editions Plon v. Francia (Aplicación n.º 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, versión final de agosto 18 de 2004); Arslan v. Turquía (Aplicación n.º 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999); Bowman v. Reino Unido (caso n.º 141/1996/760/961, sentencia del 19 de febrero de 1998); Rádio France y otros v. Francia (Aplicación n.º 53984/00, sentencia del 30 de marzo de 2004); Dichand y otros v. Austria (Aplicación n.º 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002); Association Ekin v. Francia (Aplicación n.º 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001); Feldek v. Eslovaquia (Aplicación n.º 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001); Fressoz y Roire v. Francia (Aplicación n.º 29183/95), sentencia del 21 de enero de 1999; Goodwin v. Reino Unido (caso número 16/1994/463/544, sentencia del 22 de febrero de 1996); y Gündüz v. Turquía (Aplicación n.º 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003).

Lo que quisiera relevar, en relación con la unidad uno, y el sentido del “poder ser” (*seinkönnen*) del derecho, se refiere a que el contenido de un derecho (como el derecho a la libertad de expresión) no es un “es”, es un “puede ser”, es siempre una potencialidad, un “horizonte de alternativas”. De donde proceden otras alternativas, las evoluciones del derecho constitucional colombiano: de otras tradiciones jurídicas, de la inclusión de otras tradiciones (jurídicas) en nuestro horizonte.

Conclusión sobre la ponderación de un derecho de defensa (Libertad de expresión)

Lo que buscamos con el módulo es mostrar que es necesario hacer un largo balance jurisprudencial sobre la ponderación, ya que esta herramienta adquiere precisiones y ajustes dependiendo del derecho del que se trate. En el caso de la libertad de expresión, como derecho de defensa, podemos resumir las diferencias de la ponderación en:

1. Al ser un derecho de defensa, cuya obligación del Estado, *prima facie*, es una abstención, lleva a que se presuma que su acción es inconstitucional.
2. Existen restricciones constitucional inequivocamente prohibidas (en el caso de la libertad de expresión en la censura previa).
3. En el caso de la restricción a la libertad de expresión tiene que estar fundada en una ley, en sentido formal, expedida por el Congreso de la República. Dicha restricción debe ser clara, inequívoca, taxativa, precisa.
4. Finalmente deben cumplirse los restantes pasos de la ponderación: finalidad o adecuación, necesidad, y estricta proporcionalidad.

6.3.1 Doctrina sobre la ponderación de los derechos de igualdad

Refirámonos brevemente a la descripción del contenido del derecho a la igualdad. El artículo 13, presenta al menos dos contenidos. El derecho de igualdad ante la ley –o igualdad formal– y el principio a la igualdad –o igualdad sustantiva o material–. El primero hace referencia a que una vez aprobada una ley, esta sea aplicada sin distinción alguna. Por el contrario, el principio a la igualdad hace referencia a que al momento de crear una ley, esta tenga en cuenta las situaciones diferentes de las personas, grupos de cosas, o conjunto de situaciones. La ley debe maximizar el principio “*trata igual a lo igual, trata desigual a lo desigual, trata más o*

menos igual, a lo más o menos desigual”³²². El principio de igualdad apareja un trato igual relacionado con supuestos fácticos equivalentes, siempre que no existan fundamentos suficientes para darles una aplicación diferente. La distinción entre un derecho de igualdad y otro (prestacional o de defensa), frente a su vulneración, radica, en que no se puede hacer individualmente. Siempre debe ser puesta en relación o comparación con otra circunstancia que se argumente igual. Es por ello que se afirma que el derecho a la igualdad es *relacional*³²³. La carga argumentativa siempre se concentra en señalar que dos situaciones iguales sufren una consecuencia jurídica diversa sin motivo razonable, o lo opuesto, que dos situaciones diferentes, conlleven idéntica consecuencia jurídica. Así, la ponderación o restricción de un derecho de igualdad siempre se desarrolla en comparación con otras personas, conjunto de situaciones o grupo de cosas.

Sin duda, los derechos de igualdad contenidos en diversos artículos constitucionales (13, 41, 42, 44, 53, etc.) son de las garantías más complejas de aplicación, y por tanto de las más juiciosamente estudiadas³²⁴. Desde muy rápido la Corte Constitucional introdujo el juicio de ponderación en casos en los que se discutía la aplicación del principio de igualdad de trato por parte del Estado. Es por ello que es amplia la literatura que contiene tanto los subniveles del juicio de ponderación, y los tipos de escrutinio, o niveles de intensidad.

En general, lo que busca la Corte Constitucional, es impedir que tratamientos diferenciados sean discriminatorios. Como se distinguen los dos (diferenciación y discriminación), pues en el caso del primero, existe una razón suficiente, un motivo objetivo, que permite fundar el trato. Bien conocido que desde la Sentencia C-093 de 2001, la Corte define el test integrado (la combinación del test de

322 Multicitada la definición de Robert Alexy en el capítulo VIII de su Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

323 BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. En igual sentido Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-609/12 y su concepto de Criterio de comparación o *tertium comparationis*.

324 UPRIMNY, Rodrigo, BORRERO Camilo, GALVIS María Clara, ROJAS Danilo, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” en *Revista pensamiento Jurídico* n.º 15, UNAL, 2002. Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005, pp. 276 a 279. RODRÍGUEZ César, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998. Entre otros muchos.

proporcionalidad europeo, con el juicio por niveles de los Estados Unidos), en diversos subniveles, con diversas exigencias e intensidades a partir del tema que se trata. Veamos.

El juicio de ponderación, en principio, se compone de los mismos pasos:

Adecuación o finalidad: Medida potencialmente adecuada para alcanzar, aunque sea de manera parcial, un objetivo no prohibido por la Constitución.

Necesidad o justificación razonable: no es manifiestamente innecesaria, y ante diferentes alternativas prima el principio democrático.

Proporcionalidad en sentido estricto: Costos inferiores al beneficio perseguido.

A este juicio se le agregan o alteran subniveles, dependiendo del caso o la temática que se controla. Surgen así “los niveles de escrutinio”³²⁵. El juicio se divide en tres alternativas: un juicio débil, un juicio de intensidad intermedia, y un juicio estricto. Este último se aplica en casos en los que un trato diferenciado se funda en lo que la Corte denomina “categoría sospechosa”, es decir, una serie de criterios de imposible disponibilidad. Fundar un trato diferenciado en virtud a la “clase, raza, sexo, género creencia religiosa, edad, nacionalidad”, se presenta como sospechoso, toda vez que no es posible que una persona disponga voluntariamente de su condición. ¿Es posible disponer de mi raza o identidad étnica, sin disponer de mí mismo?, igual podríamos preguntarnos por mis convicciones políticas o religiosas, o mi construcción de género o preferencias sexuales. ¿Podemos disponer de ellas sin disponer de nuestra propia individualidad?, es conocida la definición de “categoría sospechosa” de la Corte:

“...pueden ser consideradas sospechosas y potencialmente prohibidas aquellas diferenciaciones (i) que se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; en tercer término, esos puntos de vista (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una

325 UPRIMNY, Rodrigo, BORRERO Camilo, GALVIS María Clara, ROJAS Danilo, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” en *Revista Pensamiento Jurídico* n.º 15, UNAL, 2002.

distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) en otras decisiones, esta Corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no solo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias”.

En el caso de ejercer función de juez constitucional sobre un trato diferenciado que se funda en una de estas categorías, el juez debe acudir al juicio estricto. Este se compone de: Adecuación. Medio idóneo para alcanzar totalmente un fin constitucionalmente imperioso; Conexidad. Estrecha relación entre el asunto tratado y el criterio asumido para la diferenciación; Necesidad. No hay otro medio menos lesivo para lograr el objetivo; Estricta Proporcionalidad. No se sacrifican principios constitucionales más importantes que el perseguido con el trato desigual.

A su vez el juicio intermedio se aplica en casos en los que se controlan acciones afirmativas, discriminaciones positivas. En estos casos los niveles del test se concretan en: Adecuación o finalidad. Eficacia de la medida para lograr la protección del grupo; Conexidad. Criterio relacionado con el beneficio buscado; Necesidad. Es la medida menos lesiva; Estricta proporcionalidad. Sacrificio ajeno no implica el sacrificio de fines de mayor

Finalmente el juicio débil se presenta como regla general, y se concretiza en los pasos que primero mencionamos

Adecuación o finalidad: Medida potencialmente adecuada para alcanzar, aunque sea de manera parcial, un objetivo no prohibido por la Constitución.

Necesidad o justificación razonable: no es manifiestamente innecesaria, y ante diferentes alternativas prima el principio democrático.

Proporcionalidad en sentido estricto: Costos inferiores al beneficio perseguido.

Estas concreciones del juicio integrado de igualdad, permanecen estables y reiterados por la Corte en recientes decisiones³²⁶. Lo que aparece en la

³²⁶ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-609 de 2012. Explica: “En aplicación del test estricto de igualdad, debe el juez constitucional determinar si la norma acusada realmente otorga un trato diferente a las personas colocadas en situación similar, si ello en realidad ocurre se debe analizar “(i) si la medida es o no “adecuada”, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar

jurisprudencia de la Corte de los últimos años, se refiere a los debates que se han propuesto, y la forma en que han sido resueltos. Especialmente los que se refieren a la aplicación del principio a la igualdad sustantiva (material), y a la obligación de superar históricas discriminaciones. De la ponderación del derecho a la igualdad material, y la necesidad de maximizar el principio de igualdad material en casos de discriminaciones que se remontan en la historia de nuestra sociedad, la Corte ha definido nuevas reglas de protección constitucional reforzada.

6.3.2.1 El derecho a la igualdad material y los sujetos de especial protección constitucional

Desde los primeros años de la jurisprudencia de la Corte Constitucional surgió el concepto de “sujeto de especial protección constitucional” o “protección constitucional reforzada”, referido a personas, o grupos de personas, que por su condición de vulnerabilidad o discriminación, merecen un tratamiento que revierta esta situación. Los niños y niñas³²⁷, las mujeres madres cabeza de familia³²⁸, gestantes³²⁹; la personas de la tercera edad³³⁰; las personas en situación de discapacidad (con habilidades diversas)³³¹; las personas recluidas en centros penitenciarios³³²; comunidades indígenas³³³, afrodescendientes³³⁴ romaníes y gitanas³³⁵; personas en

un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto; (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial”. Debe igualmente la Corte “cerciorarse de que el fin perseguido por el legislador sea legítimo, importante e imperioso; el medio adecuado, efectivamente conducente y necesario, y la relación medio-fin adecuada, efectivamente conducente y no susceptible de ser remplazada por otro medio alternativo o menos lesivo.

327 Sentencia T-282 de 2008; T-443 de 2004; T-244 de 2005; T-282 de 2006; T-170 de 2007; T-201 de 2007; T-695 de 2007.

328 T-792 de 2004, T-182 de 2005.

329 T-564-09.

330 T-1139 de 2005, T-522 de 2006, T-660 de 2008, T-474 de 2012 y T-297 de 2012.

331 Sentencia T-608 de 2007.

332 T-412 de 2009, T-077 de 2013.

333 T-282 de 2011 y T-049 de 2013.

334 T-091 de 2013.

335 C-359 de 2013.

situación de indigencia (en especial adultos mayores)³³⁶; personas portadoras de VIH³³⁷ o enfermedades catastróficas y ruinosas³³⁸; y personas víctimas del conflicto armado³³⁹, especialmente los efectos diferenciados que el conflicto ha implicado en la vida de las mujeres³⁴⁰; y los defensores de derechos humanos³⁴¹.

¿Qué es la protección constitucional reforzada, o de quiénes se predica ser sujetos de especial protección constitucional? Una definición que quisiéramos intentar es la siguiente: La Carta de Derecho de la Constitución, así como el Pacto de San José o el PIDCyP, está dirigido a toda persona miembro del género humano. Toda persona nacida como miembro de la especie *homo sapiens sapiens*. Todas y todos podemos sentirnos destinatarios de los derechos contenidos en dichas cartas de derechos. En todo caso, no todos estamos en las mismas circunstancias. En las sociedades la riqueza (dinero, cultura, acceso a la política, etc.) se distribuye de manera asimétrica, lo que lleva a que existan de hecho, históricas distinciones que hunden raíces en formas e imaginarios culturales.

Es por ello que la Constitución de 1991, no hizo una sola Carta de Derechos fundamentales (art. 11 a 41), por el contrario, contiene en otros artículos, pequeñas cartas de derechos (los derechos de los niños –art. 44–, los derechos fundamentales en el trabajo –art. 53–, los derechos de las mujeres –art. 43– etc.) estos pequeños catálogos especiales de derechos, buscan contrarrestar las históricas asimetrías y exclusiones de la sociedad, y se convierten en un mandato a los poderes constituidos para que en conjunto con el art. 13 inc. 2º, maximicen el derecho a la igualdad material.

Ocurren eventos en los que una ciudadana, es titular del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13, pero, también del derecho a la igualdad del artículo 43 y del 53. Una definición, extremadamente pedagógica (por ello ofrecemos disculpas), sería que la protección constitucional reforzada, o ser sujeto de especial protección constitucional, consiste en encontrar reforzado el derecho a la igualdad material por la existencia de una carta de derechos (constitucional o convencional) especialmente dirigida a un grupo que históricamente ha sido excluido.

³³⁶T-057 de 2011.

³³⁷T-077 de 2008, T-273 de 2009, T-700 de 2011, T-628 de 2012.

³³⁸Sentencia T-323 de 2011.

³³⁹T-025 de 2004.

³⁴⁰T-045 de 2010, Auto 092 de 2008.

³⁴¹T-234 de 2012.

Por su parte, la Corte define este concepto como una persona o grupo de personas, en las que concurren históricas y estructurales formas de discriminación y exclusión, o una situación de debilidad manifiesta, basada en diferentes criterios. La etnia, el sector socioeconómico, su género, su situación de discapacidad, la violencia armada que vive el país, etc. Un sujeto de especial protección constitucional, son las personas que por estas condiciones tienen derecho a un tratamiento preferente por parte del Estado, como manifestación del derecho a la igualdad, en atención a su situación de debilidad manifiesta, extrema exclusión, o la inferioridad en las que han sido puestas³⁴². Estas consideraciones llevan a que la Corte defienda la tesis de la necesidad de adoptar acciones afirmativas que permitan corregir los efectos nocivos de la desigualdad³⁴³. Señaló la Corte:

En el Estado social de derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables³⁴⁴.

En el reconocimiento como sujeto de especial protección constitucional, juega un papel fundamental, el derecho internacional (laboral, penal, humanitario, de los derechos humanos), y los desarrollos hermenéuticos de los órganos competentes. En diversas ocasiones el reconocimiento ha dependido de que exista derecho convencional (convenios de la OIT, Convenciones sobre derechos humanos en tiempo de paz, Convenios o protocolos sobre derecho internacional humanitario; Legislación internacional relacionada con niños, niñas y adolescentes, en tiempos de paz o conflicto, etc.).

En varias ocasiones se encuentran casos en los que concurren diversos criterios o causas de exclusión y marginación de una persona, o grupo de personas. Por ejemplo, personas de la tercera edad que sufren de enfermedades incapacitantes³⁴⁵; o mujeres madres cabezas de familia fueron además víctimas del delito de desplazamiento forzado, y que sufren las consecuencias socioeconómicas de formas estructurales de victimización³⁴⁶; o menores que sufren de abandono familiar o menores víctimas del conflicto armado (menores reclutados ilegalmente³⁴⁷),

342 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-925 de 2012. En igual sentido Sentencia T-874 de 2007

343 T-282 de 2008

344 Sentencia SU-225 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

345 T-361 de 2012

346 Auto 092 de 2008.

347 C-240 de 2009

etc. Este ejercicio de reforzamiento de derechos, como desarrollo del derecho a la igualdad sustantiva contenido en la cláusula general de igualdad, y reforzada por diversas disposiciones constitucionales o internacionales, ha impulsado a los jueces, no solo de tutela, a relevar las particularidades de cada caso, y nunca homogeneizar situaciones de exclusión, marginalidad, o debilidad manifiesta. La categoría de sujeto de especial protección constitucional, evidencia la tendencia del buen juez en la interpretación jurídica, a no universalizar u homogeneizar a los ciudadanos que acuden a los despachos judiciales, sino por el contrario, tomar las condiciones concretas de cada caso, y determinar los criterios de exclusión que juegan en cada caso.

Quisiéramos exemplificar la aplicación de la ponderación del derecho a la igualdad enfocándonos en casos en los que se discuten los derechos de las parejas del mismo sexo³⁴⁸. En todos estos casos, debido a que nos encontramos en presencia de personas o grupos que históricamente han sufrido formas de exclusión o discriminación, en virtud de nuevas consecuencias de la ponderación del derecho a la igualdad, se han dado respuestas creativas y garantistas de la garantía constitucional. No se trata de estudiar los fallos (ello excede los límites del módulo), solo se busca mostrar las nuevas formas que toma la ponderación, la concreción, el derecho a la igualdad, el proceso de constitucionalidad, en los que directamente se señalaba su violación.

Ellos permiten ilustrar uno de los argumentos que señalábamos más arriba relacionado con la defensa de la herramienta de la ponderación. En casos de profunda implicación moral es fácil que se involucren argumentos “históricos”, “sociológicos”, “filosóficos”, sin que un proceso judicial sea el espacio para ello; o los intervinientes los llamados a discutir algo diferente a lo “jurídico”. La ponderación, como herramienta de concreción de un derecho fundamental o principio constitucional, obliga a los interlocutores a asumir el rol que les corresponde: el de juristas, y a dar un debate de lo que les corresponde: “sobre derechos y sobre Derecho”. La ponderación controla a los interlocutores.

6.3.2.2 La igualdad, el déficit de protección y omisión legislativa

En la Sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequibles algunos apartes de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 –tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005– que definían el concepto

348 Cfr. Corte Constitucional C-029 de 2009, especialmente C-577 de 2011.

de unión marital de hecho como la unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular³⁴⁹. El fallo se funda en que entre la expedición de la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 de 2005 ocurrió un cambio en el contexto social y jurídico del país que hizo insuficiente el modelo de protección patrimonial ofrecido en la Ley 54 de 1990 —que solo cobijaba a las parejas heterosexuales—, e impuso la inclusión de las parejas del mismo sexo como destinatarias de dicha regulación. A juicio de la Corte, “*hoy, junto a la pareja heterosexual, existen —y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior— parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual*”. Más adelante reitera: “*...la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación*”³⁵⁰.

Hasta ahora constamos dos cosas; i) la Corte se percata que el cambio de realidad social (la visibilidad de familias diferentes a la heteronormativa), y ii) la protección internacional de esta realidad, llevan a la Corte a que reconozca, y extienda los efectos de la unión marital de hecho, a las parejas del mismo sexo. Sobre este mismo particular, enfatizó:

“Especificamente se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede

349 Aclaración de voto de los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla. Salvamento de Voto del magistrado Jaime Araújo Rentería. Los magistrados Escobar, Monroy y Pinilla apoyaron la decisión mayoritaria, pero sobre la base de que el reconocimiento de los efectos civiles a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo no implica reconocimiento de que constituyen familia. El magistrado Córdoba apoyó la decisión de fondo, pero advirtió que su voto no avala ni descalifica tratos diferenciados que puedan ser otorgados por el legislador a las parejas homosexuales. El magistrado Araújo se apartó de la decisión pues estimó que la sentencia debió haber reconocido la plenitud de los derechos de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo.

350 La Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’ establece que ‘todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley’ (art. 24). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que ‘todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’ (art. 26).

considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con el artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría ‘orientación sexual’, la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación³⁵¹, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que sí pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto³⁵².

La Corte, en suma, estudió la constitucionalidad de las disposiciones acusadas a la luz de la omisión de un deber de protección, matizado por la vigencia de derechos como la libre opción sexual, manifestación del libre desarrollo de la personalidad y el principio de no discriminación constitucional. En el caso de la regulación de los efectos patrimoniales de la pareja, la Corte constató que la denominada “*unión marital de hecho*”, constituye un régimen de protección para parejas heterosexuales, que excluía de suyo la opción homosexual. Esta exclusión, a juicio de la Corte, resultaba injustificada a la luz de los principios constitucionales, pues, más allá del respeto por la libertad de configuración del legislador, este debe garantizar la protección de la dignidad humana y evitar cualquier forma de discriminación. La Corte acuñó entonces la expresión “*déficit de protección*” para referirse a aquel vacío del régimen que desampara a individuos cuya protección es un imperativo constitucional. Sostuvo al respecto que en el caso del régimen patrimonial, dicho

351 Caso Toonen c. Australia. Comunicación n.º 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

352 Caso Young c. Australia Comunicación n.º 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941 /2000.

déficit se producía por el desconocimiento que el legislador hacía de la realidad fáctica de las parejas no heterosexuales, “*de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación si no es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja*”.

Esta decisión evidencia recientes líneas y caminos tomados por la Corte en relación con la ponderación del derecho a la igualdad: i) la visibilización de nuevas formas de discriminación que antes no merecían la atención estatal; ii) la aparición de formas de omisión de regulación, de omisión legislativa, o déficit de protección. En casos de diferenciación, no estamos necesariamente frente a un trato discriminatorio, sino frente a una realidad que no tuvo en cuenta el legislador, y por tanto no es posible aplicar el juicio de ponderación.

Con la Sentencia C-029 de 2009, se reitera la existencia de una omisión legislativa, una ausencia de regulación, un déficit de protección, como momento previo a la aplicación del juicio de ponderación. Los accionantes solicitan a la Corte un pronunciamiento que de fondo, solucione los problemas estructurales que presenta el Derecho colombiano para las parejas del mismo sexo. En términos generales la Corte opta por la misma salida de la sentencia pasada en la que considera que hay omisiones legislativas relativas, constitutivas de tratos diferenciados, en las que las normas acusadas no contemplan como sujeto de derechos a los compañeros y compañeras de las parejas del mismo sexo. Señala la Corte que: “*el test de proporcionalidad es un instrumento valioso para el análisis de los problemas de igualdad que surgen en aquellos eventos en los cuales determinadas disposiciones incorporan razones para dar un tratamiento distinto a supuestos de hecho que son asimilables. Cuando a partir de la norma y de sus antecedentes no es posible establecer la existencia de una razón para el trato diferenciado, se constataría directamente la afectación del principio de igualdad, sin necesidad de acudir al test de proporcionalidad, no siendo necesario acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables; frente a situaciones que son equiparables, si de la norma no se desprende una razón que explique el trato diferente, el mismo puede atribuirse, entre otras consideraciones, a una omisión legislativa por inadvertencia o por un abierto propósito discriminatorio, pero en la medida en que no existe una razón con base en la cual se pretenda justificar la diferencia de trato, tampoco es necesario acudir al test de proporcionalidad.*

Una primera precisión. Debemos constatar en el juicio de ponderación en caso del derecho a la igualdad, según la Corte Constitucional, requiere que se presenten razones que justifiquen un trato diferenciado. Ante ausencia de razón,

o justificaciones, no procede la ponderación, sino, por el contrario, se declara la inconstitucionalidad de la medida. Si se determina, que aun en ausencia de razón de un trato diferenciado, pero sin motivo para acusar de inconstitucional el trato, nos encontramos ante una omisión legislativa relativa. La Corte apunta a que en “ausencia de razones que expliquen la diferencia de trato, se debe a que para el momento de expedición de la norma, las parejas homosexuales no constituyan una realidad visible, que se mostrase como requerida de protección jurídica y que hubiese recibido reconocimiento por el ordenamiento. No se advierte, entonces, en la omisión del legislador, un propósito discriminatorio, ni siquiera una intención explícita de un trato diferenciado, sino una simple inadvertencia de una situación social que solo de manera reciente y progresiva se ha hecho visible”.

Estas breves reflexiones nos permiten —además de recordar, los ya muy reiterados elementos del juicio integrado de igualdad, y los diversos niveles de escrutinio, así como los temas en los que se aplica cada uno—, profundizar en los desarrollos sobre el concepto de sujeto de especial protección constitucional, así como los casos de omisión legislativa relativa, como regulación ineficiente, y potencialmente constitutiva de un trato discriminatorio.

6.3.2 Doctrina sobre ponderación de derechos sociales

La ponderación de un derecho social (independiente de que adquiera el carácter de tutelable o no, en un determinado caso) presenta, sus propias particularidades, y sus ajustes. Como señalábamos en la introducción de esta unidad, un derecho social puede ser definido, en principio, por el contenido de la obligación que implica. *Prima facie*, la obligación es una prestación estatal, una acción positiva. Por supuesto, como experimento mental podemos pensar casos en los que la protección de un derecho social, exige una omisión estatal, abstenciones, por tanto la distinción entre derecho social o prestacional y derecho de libertad o de defensa es, como más arriba señalamos frágil, y en muchos aspectos artificiosa.

En general, podemos definir los derechos sociales, siendo derechos humanos e interdependientes con los denominados derechos individuales³⁵³, como los

353 En otro texto tuve la oportunidad de exponer la doctrina de la interdependencia de los derechos humanos, es decir, la imposibilidad lógica y política, de establecer una rígida distinción entre los denominados “derechos de primera generación” y los de “segunda generación”, entre derechos individuales y derechos económicos, sociales y culturales. Cfr. TORRES ÁVILA Jheison, El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana de los derechos sociales y el mínimo vital, USTA, 2012.

derechos contenidos en los artículos 42 a 77; es decir los derechos, verbigracia, a ingresar al servicio educativo, a los sistemas de seguridad social y salud, a acceder a una vivienda digna, etc., cuya obligación estatal, se concreta, en su núcleo más duro, en prestaciones mínimas, siempre progresivas, las cuales una vez logradas, se prohíbe su regresión.

Por lo pronto, avancemos señalando que la obligación estatal frente a los derechos prestacionales, se concreta en el deber de avanzar en el cubrimiento y progresión de los estándares de protección. Dicha obligación, denominada como “progresividad y no regresión”, implica el reconocimiento, que si bien el Estado no está en condiciones de garantizar plena cobertura en los derechos sociales a sus ciudadanos, debe, al menos, tomar las medidas de derecho interno, para, progresivamente, alcanzar su universalidad y plena cobertura.

La obligación de progresividad surge de la existencia de dos pactos internacionales sobre derechos humanos. El pacto internacional sobre derechos civiles y políticos (PIDCP) prevé que las obligaciones surgidas de la Carta de Derechos en él contenida son de aplicación inmediata, incondicionada. Por el contrario, el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC)³⁵⁴, no contiene la misma obligación, ya que el goce de los derechos sociales, se encuentra condicionado a la disponibilidad de recursos. Por el contrario, la obligación surgida del PIDESC hace referencia a la obligación de i) tomar unas medidas inmediatas para garantizar unas mínimas prestaciones sociales; ii) disponer de un plan para llegar a garantizar los derechos contenidos en el tratado de manera plena y universal; y iii) en todo caso, buscar la total efectividad de los derechos de manera gradual (progresiva)³⁵⁵.

Dicha obligación de desarrollo gradual, prolongado, pero sostenido en el tiempo de los derechos sociales, está igualmente contenida en la Convención

354 Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

355 Señala el art. 2: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.* Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...*”.

Americana sobre Derechos Humanos³⁵⁶ en su art. 26 que establece: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*.

Este compromiso de desarrollo progresivo de los derechos, según la observación General n.^o 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales³⁵⁷, es el reconocimiento de que el pleno goce de los derechos del PIDESC tiene un límite claro en los recursos con los que se cuenta, lo cual impone que el desarrollo sea paulatino. Señala la Observación General: “El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo”³⁵⁸. En el caso de la Constitución de 1991, dicho mandato de desarrollo paulatino, gradual, se encuentra en el artículo 48, al prever el derecho a la seguridad social.

Por tanto, hablando de ponderación de derechos sociales, hablamos de un primer ajuste de la herramienta. La argumentación y los subtest del juicio versarán en relación con el cumplimiento de la obligación de progresión y prohibición de regresión. Explica la Corte en un reciente fallo:

El principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social y la prohibición, prima facie, de adoptar medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales, consiste básicamente en que el Legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo, y está consagrado tanto en la Constitución Política (artículo 48) como en otros cuerpos normativos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas –intérprete autorizado del PIDESC– y el Pacto

356 Aprobada mediante Ley 16 de 1972.

357 Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

358 *Ibid.* Párr. 9.

de San José de Costa Rica que enuncian compromisos frente a la progresividad de la legislación en materia de derechos económicos, sociales y culturales³⁵⁹.

En otra decisión explicó el mismo contenido de manera alternativa: *El principio de progresividad ha sido interpretado como un mandato al legislador en el sentido de erradicar las injusticias presentes, corregir las visibles desigualdades sociales y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos. El contenido normativo básico del principio de progresividad de los derechos sociales es la obligación que pesa sobre el Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de los derechos sociales; mandato a partir del cual la jurisprudencia constitucional ha caracterizado este principio con dos facetas o contenidos complementarios: la gradualidad y el progreso en la realización de los derechos sociales y en una serie de prescripciones como la obligación de actuar, prohibición de disminuir recursos, prohibición de aumentar costos de acceso y prohibición de aumentar requisitos en relación con el goce efectivo de los derechos sociales³⁶⁰.*

Esta obligación de ampliación progresiva, tiene su correlato, en la prohibición de regresión, es decir, de “dar pasos atrás” en la cobertura y calidad ya alcanzados. En principio resulta inconstitucional la restricción de un derecho social, cuando la legislación ya había establecido determinados niveles de protección. Se afirma que *prima facie* se presume la inconstitucionalidad de una restricción de un derecho social ya conseguida, pues es posible justificar la restricción, y en esa medida, revertir la presunción. Veamos:

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen

359 Cfr. Corte Constitucional SC-428 de 2009.

360 Cfr. Corte Constitucional SC-536 de 2012.

imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social³⁶¹. (Negrillas fuera del texto).

Así, tenemos un primer ajuste, en el juicio de balanceo de principios: en virtud de la obligación de progresión en derechos sociales, una regresión se **presume inconstitucional**.

Un segundo elemento que ajusta, en la medida en que se requiere una importante argumentación que evidencie que el retroceso es imperioso; y tres, el control a la medida regresiva es severo. Nos encontramos así, ante el denominado “El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales”.

Estos pasos son esencialmente los mismos que los del juicio de ponderación “estándar”, pero con matices, y ajustadas a la particularidad, *prima facie*, de un derecho social. La Corte ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad –consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique–; en segundo lugar, el presupuesto de la necesidad –donde se valora si de todas las medidas posibles, se ha escogido la menos regresiva–; hasta llegar hasta al último nivel del test y verificar la proporcionalidad en sentido estricto. En el caso del subtest de estricta proporcionalidad el juez debe confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a este.

Frente a la carga argumentativa, para defender una medida regresiva, le corresponde a los jueces establecer si el Estado ha demostrado, con datos suficientes y pertinentes: (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto;

“(4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido;”

361 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2011.

Y finalmente (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.

La Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad, señalando que si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición *prima facie* se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional.

En la jurisprudencia de la Corte se presentan como razones suficientes para permitir una restricción de derechos sociales; i) la finalidad del pleno empleo; ii) la defensa del interés general, de la concreción de otros principios como la ampliación progresiva de la cobertura social o de la realización de políticas sociales y económicas y iii) lograr la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y asegurar el bienestar de futuras generaciones.

El objetivo de este módulo es relevar la necesidad de hacer una casuística jurisprudencia de la ponderación, y abandonar la visión “estandarizada” de la herramienta. En el caso de los derechos sociales esta idea no deja de ser pertinente, ya que la Corte reconoce que la prestación mínima, el núcleo esencial del derecho debe garantizarse, debe establecerse derecho a derecho. Así, determinado el carácter regresivo de una medida, la Corte debe examinar si esta desconoce los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales, análisis que *debe realizarse para cada caso consultando la naturaleza de cada derecho, las garantías reconocidas en los tratados internacionales que los desarrollan, la doctrina del Comité para la vigilancia del PIDESC y el régimen constitucional de cada uno de ellos*³⁶², habida cuenta que unas serán las reglas aplicables para definir el contenido mínimo del derecho al trabajo, otras el de la seguridad social y otras en relación con el derecho a la educación o la vivienda digna.

Si examinamos las providencias estudiadas, se imponen varios matices y ajustes al juicio de ponderación “estándar” y su concreción en el caso de los derechos sociales, explicitémoslo:

362 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-536 de 2012

1. Una restricción a un derecho social, al nivel de protección y cobertura alcanzado, se presume inconstitucional, lo cual invite la argumentación, en quien defiende la regresión del contenido del derecho.
2. La regresión en un derecho social, suele oponerse a principios constitucionales como la sostenibilidad fiscal, o la universalización del sistema que sustenta el derecho social, o políticas generales como el pleno empleo. Esto impone, que quien argumenta la regresión en el derecho, deban hacerlo a partir de justificaciones, y estabilidad financiera. En todo caso;
3. La regresión no puede implicar la vulneración del núcleo esencial del derecho social que se pondera. En dicha prestación inherente al derecho, depende de un ejercicio casuístico en el que el juez (laboral, familia, penal), debe conocer el contenido de cada derecho social.
4. El juez debe tener igualmente presente si se trata de la restricción de derechos sociales de sujetos de especial protección constitucional, ya que en dicho caso, la presunción de inconstitucionalidad es agravada, y por tanto la justificación que la revierta es todavía más exigente.
5. El juicio de ponderación se presenta estricto, tratándose de sujetos de especial protección constitucional.

6.4 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

<i>ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
	Ejercicios

A continuación encontrará dos casos en los que se tendrá que hacer una lectura teórica y técnica de la interpretación de las normas que se presentan. Teórica, en la medida que se espera que se vea la relación con la norma o fuentes jurídicas, a la manera de un diálogo, una conversación, que requiere una "tradición" para que esta pueda darse. La tradición que se porte -el horizonte del lector- condiciona la lectura que hará.

Se espera que el lector o la lectora encuentren que en la reflexión teórica de los casos puede resolver varios de los problemas, en alguna medida, irresueltos de

la práctica judicial. Y que tomar conciencia de que el resulta de la interpretación, no es otra cosa que la “fusión de horizontes, de tradiciones”, permite que el operador, tenga como tarea el estudio juicioso de las tradiciones en las que puede ser leído un texto.

Igualmente, vale la pena señalar que solo una adecuada técnica, respetuosa de la “tradición” (de la jurisprudencia, penal, familia, civil, laboral, constitucional) en la que se conozcan las presunciones, las reglas de precedencia condicionada, los juicios y sub juicios de la ponderación, de la obligatoriedad del precedente ordinario o constitucional, así como la libertad para separarse de él, son fundamentales para llegar a soluciones balanceadas.

Caso 1

Los requisitos que prevé la ley de infancia y adolescencia para la adopción de un menor son múltiples; uno de ellos es la “idoneidad moral” del solicitante³⁶³. Al -lector(a)- juez de familia, le corresponde decidir la petición de una de las partes, que requiere que se revoque la sentencia de adopción de un menor, debido a que el adoptante, omitió informar su identidad de género (es una mujer lesbiana). Cómo se resuelve la petición.

Guía de corrección.

1. Lo primero, por supuesto, es tener claros los principios en conflicto. En este caso se puede poner (aunque no exclusivamente) el debate en términos de violación al derecho a la igualdad del adoptante.
2. Una forma que puede resultar útil para determinar cuándo una persona es víctima de una conducta discriminatoria en razón de su sexo, su identidad de género, o preferencias sexuales es preguntarse si lo mismo se hiciera a una persona heterosexual, resultaría esperado. En este caso, ¿resulta admisible que a una persona heterosexual se le pregunten sus preferencias sexuales para decidir una adopción?

³⁶³ El artículo 68 de la Ley 1098 establece: **Artículo 68. Requisitos para adoptar.** Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice *idoneidad física, mental, moral y social* suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

3. En todo caso, los hechos hipotéticos, pueden resolverse a partir de la ponderación del derecho a la igualdad; estableciendo i) si se trata de hechos identificables; ii) si son semejantes, les correspondería semejantes consecuencias jurídicas; y iii) al ser eventos semejantes, pero con consecuencias jurídicas diversas hay que preguntarse si existe una razón suficiente para ello.
4. En este caso, determinar si existe una razón suficiente implica; i) establecer si nos encontramos ante una “categoría sospechosa”, una discriminación positiva, o un tema en el existe amplia libertad legislativa. Parece claro, que es un caso de una distinción fundada en una “categoría sospechosa”. ¿Es posible que una persona disponga de su orientación o identidad sexual, de género, o sus preferencia?, la respuesta es un no contundente. Igualmente, ¿Cuándo ha sido útil fundar distinciones con base a las preferencias sexuales? Nunca.
5. En esta medida, se encuentra ante una categoría sospechosa.
6. Por ello se aplica un juicio estricto de ponderación, subtest de la ponderación más exigente; se recuerdan sus sub niveles: a) adecuación, b) necesidad y c) estricta proporcionalidad. En el caso de la igualdad, y el juicio integrado se concretan en Adecuación: Medio idóneo para alcanzar totalmente un fin constitucionalmente imperioso; Conexidad: Estrecha relación entre el asunto tratado y el criterio asumido para la diferenciación; Necesidad: No hay otro medio menos lesivo para lograr el objetivo; Estricta Proporcionalidad: No se sacrifican principios constitucionales más importantes que el perseguido con el trato desigual.
7. ¿Existe un imperioso fin constitucional para restringir el derecho de las mujeres lesbianas a adoptar cuando cumplen los requisitos legales?, no existe una norma constitucional o internacional con dicha finalidad. En esa medida, y como se señaló dentro del módulo, no debe continuarse la ponderación.
8. Podría discutirse que amerita presentar el debate sobre la adopción de un menor, tratándose de una madre lesbiana, en términos de tensión entre el derecho a la mujer a fundar una familia, vs. la integridad moral del menor. Dicha forma de presentar la tensión, sería en principio sospechosa, pues, se insiste, que el debate inicia por la identidad

sexual; ¿se iniciaría la revocatoria de una sentencia de adopción, si se omite informar que el adoptante es heterosexual?, parece que no. En aras de discusión podemos señalar, que si se presenta el debate en términos de protección de los derechos de los niños, frente al derecho a tener una familia, habría que desarrollar la ponderación en los mismos pasos.

Caso 2

La legislación sobre atención a víctimas del conflicto armado prevé la prestación de un “auxilio o atención humanitaria de emergencia”³⁶⁴ cuando un núcleo familiar, o una persona ha sido desplazada forzadamente de su domicilio. Esta prestación, a cargo de la administración pública, era interpretada de manera restrictiva. En muchas ocasiones se señaló que las víctimas del desplazamiento forzado al llevar varios años en aquella situación, no podían recibir ilimitadamente la prestación, aunque la legislación no establece un límite. Usted se desempeña como empleado de la administración pública y debe decidir, cuando se deja de otorgar la prestación.

Guía de Corrección.

1. Una restricción a cualquier derecho, nunca puede ser arbitraria, o caprichosa, debe fundarse en una razón suficiente. En el caso de un

³⁶⁴ **Artículo 64. Atención humanitaria de emergencia.** Es la ayuda humanitaria a la que tienen derecho las personas u hogares en situación de desplazamiento una vez se haya expedido el acto administrativo que las incluye en el Registro Único de Víctimas; y se entregará de acuerdo con el grado de necesidad y urgencia respecto de su subsistencia mínima. NOTA:**Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-438 de 2013.** Realizado el registro se enviará copia de la información relativa a los hechos delictivos a la Fiscalía General de la Nación para que adelante las investigaciones necesarias.

Parágrafo 1º. La atención humanitaria de emergencia seguirá siendo entregada por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional hasta tanto se le garanticen los recursos de operación de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas deberá entregar la ayuda humanitaria a través de mecanismos eficaces y eficientes, asegurando la gratuidad en el trámite, y que los beneficiarios la reciban en su totalidad y de manera oportuna.

Parágrafo 2º. Hasta tanto el Registro Único de Víctimas entre en operación, se mantendrá el funcionamiento del Registro Único de Población Desplazada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 154 de la presente ley.

derecho que implica una prestación estatal, el juicio de balance del derecho, es el juicio de progresividad y prohibición de regresividad.

2. En el caso de una restricción del derecho a la “atención humanitaria de emergencia”, debe partir, de que se trata de la restricción de un derecho de personas que gozan de protección constitucional reforzada, frente a quienes el Estado tiene una obligación prioritaria de atención.
3. La restricción del derecho prestacional, para iniciar, se presume inconstitucional, y solo es posible derrotar la restricción en la medida, que concurren fuertes argumentos razonables, fundados en la sostenibilidad de la prestación. Ya que esto no se predica del enunciado del caso, no es posible, permitir la restricción, sin caer en una violación a la progresividad, así como evitar que la misma sea evidentemente caprichosa.

6.5 AUTOEVALUACIÓN.

<i>Autoevaluación</i>	
<i>de</i>	<p>La historia.</p> <p>La ley 1257 de 2008 prevé mecanismos de protección a las mujeres víctimas de diferentes formas de violencias (intrafamiliar, económicas, psicológica). A través de incidente de solicitud de medidas de protección un comisario de familia puede a solicitud de parte y de oficio, establecer las medidas de protección necesarias para garantizar la vida e integridad física de las mujeres víctimas de diferentes formas de violencia. Estas medidas van desde las amonestaciones, la imposición de multas, el acompañamiento policial a las mujeres, esquemas de protección como teléfonos celulares, avanteles, etc., o la protección, junto con sus hijos e hijas, en</p>

una casa refugio a cargo del Estado³⁶⁵; hasta el desalojo del agresor del inmueble que cohabitán, sin importar quién sea el propietario. En una hipotética ocasión, a usted le corresponde fungir de comisario de familia y determinar la medida de protección de los siguientes hechos:

a
e

Una mujer vive en una región rural, apartada de centros urbanos, con poca educación, y tradicionalmente relegada a roles de cuidado al interior de su familia, es constantemente insultada, amenazada y humillada por su compañero permanente, quien aprovechando que es el propietario del inmueble que habitan, ejerce diferentes formas de coacción. La mujer, apoyada y acompañada por una de sus vecinas, acude ante usted, comisaria (o) de familia, con el fin de solicitar medidas de protección. ¿Qué medida aplicaría usted?

³⁶⁵ Artículo 17. El artículo 5 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 2 de la Ley 575 de 2000 quedará así: “Artículo 5. Medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas, sin perjuicio de las establecidas en el artículo 18 de la presente ley: a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima; cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia; b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a juicio del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada; c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños, niñas y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar; d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor; e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima; f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se teme su repetición la autoridad competente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo si lo tuviere; g) Ordenar a la autoridad de

ae

Las preguntas.

1. ¿Cómo se integraría la tradición jurídica aplicable?

El comisario (a) debe primero, partir de la formación de una amplia tradición jurídica que de sentido a la literalidad de la Ley 1257 de 2008. Esta tradición, puede integrarse por ejemplo, documentos como la CEDAW o la Convención Interamericana para prevenir y erradicar las formas de discriminación contra la mujer, o Belém do Pará.

Igualmente resultan relevantes conceptos de la doctrina constitucional relacionada con la protección constitucional reforzada. Uno de los sujetos que goza de protección reforzada, son las mujeres, que históricamente han sido víctimas de formas evidentes, otras sutiles, “naturalizadas” de violencia, y a las que

policía, previa solicitud de la víctima el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad; h) Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada; j) Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; k) Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; l) Prohibir, al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Para este efecto, oficiará a las autoridades competentes. Esta medida será decretada por Autoridad Judicial; m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima; n) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley.

Parágrafo 1º. En los procesos de divorcio o de separación de cuerpos por causal de maltrato, el juez podrá decretar cualquiera de las medidas de protección consagradas en este artículo.

Parágrafo 2º. Estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar.

Parágrafo 3º. La autoridad competente deberá remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos”.

ae	<p>se les relega a roles de cuidado. Igualmente, mujeres que por su indefensión o debilidad manifiesta sufran de discriminación. En este caso, se trata de una mujer, que además de vivir en un espacio con poca protección estatal (un espacio rural), también sufre formas de violencia machista.</p> <p>2. Las alternativas de protección (las diferentes medidas) van desde la simple amonestación, hasta multas, rondas policiales, protección en “casas refugio”, hasta el desalojo del inmueble que cohabitaban.</p> <p>3. Al tratarse de una mujer, sujeto de especial protección constitucional, y de estar potencialmente, ante una inminente agresión física o sicológica irreversible, la protección de los derechos fundamentales a la integridad personal, así como de vivir una vida libre de violencias, llevan a que el comisario o la comisaria hipotética, deba optar por una medida que potencie al máximo posible los derechos de la mujer. En este caso, parecen defendibles al menos las medidas de protección de casa refugio, o el desalojo del inmueble que cohabitaban.</p>
----	--

Unidad 7

DEBATES RECIENTES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i> Estudiar y analizar el concepto de “control de convencionalidad”.
<i>Oe</i>	<i>Objetivos específicos</i> Estudiar los fragmentos relevantes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la doctrina especializada, sobre el control convencional. Llamar la atención sobre la necesidad de que la judicatura conozca la necesidad de integrar los contenidos de la CADH a la práctica judicial.

7.1 DEBATES RECIENTES SOBRE EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD. LA AUTOEJECUTABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL³⁶⁶

Uno de los debates que más convoca actualmente a las voces autorizadas del derecho constitucional latinoamericano, y el derecho internacional de los derechos humanos, resulta ser el denominado “control de convencionalidad”. Dicha institución, como veremos más adelante, resulta en la obligación del juez nacional de aplicar directamente las decisiones de los órganos convencionales del sistema interamericano. Valdría la pena hacer una breve digresión que sin duda resultara polémica, pero que ilustra la importancia del control desde el sistema Convencional interamericano.

³⁶⁶ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 163-190.

El Bloque de constitucionalidad, en el caso colombiano³⁶⁷, es el lugar de cercanía, contacto y armonización del derecho internacional y el derecho constitucional. Sin duda, múltiples decisiones, tratados internacionales, recomendaciones, etc. son integradas al derecho interno a través de los reenvíos que hace la propia constitución a dichas normas. En todo caso, si queremos que una fuente de derecho internacional haga parte del Bloque, debe refinarse la argumentación y justificar que se está en presencia de un reenvío hecho por el artículo 9, 53, 93, 94, 102 o 214. Es decir, a pesar que la jurisprudencia constitucional ha sido amplia y generosa en el reconocimiento del valor hermenéutico de diversas fuentes del derecho internacional, siempre se requerirá una mayor o menor, argumentación al momento de introducir un documento de Derecho al Bloque. Continuamente se requerirá justificar que el documento que nos sirve de parámetro hermenéutico es parte del Bloque en alguna de sus dimensiones.

Existen, así documentos del derecho internacional (especialmente del derecho internacional de los derechos humanos), ya sean derecho convencional o derecho blando, que siendo pertinentes para un caso, no hacen parte del Bloque, y no son aplicados en determinado caso (ya veremos un ejemplo). El control Convencional, es así, la obligación internacional de aplicar directamente las decisiones e interpretaciones del derecho internacional, sin consideración si se trata o no de una norma que haga parte de Bloque de Constitucional.

7.2 ¿QUÉ ES EL CONTROL CONVENCIONAL?

El control de convencionalidad puede ser definido, acudiendo a pasajes de decisiones de la Corte Interamericana:

[...] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie

³⁶⁷ Como vimos no ocurre lo mismo en otros sistemas jurídicos, por ejemplo, español o francés.

de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³⁶⁸ (Negrillas fuera del texto).

En el caso Myrna Mack Channg vs. Guatemala se lee:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”³⁶⁹.

En el caso de los trabajadores cesados del Congreso la Corte amplió la tesis:

“Los órganos del poder judicial de cada Estado parte en la convención americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no solo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana...”³⁷⁰.

Esta herramienta permite al juez nacional, sin importar su jerarquía o especialidad, acudir al derecho internacional, concretamente al sistema

368 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almónacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

369 Cfr. Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C.n.º 101.

370 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de Trabajadores Censados del Congreso, Sentencia sobre excepciones, preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de noviembre de 2006.

interamericano, con el fin de adecuar sus decisiones a las disposiciones de la Convención América sobre Derechos Humanos. Podría pensarse que la articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos desarrollado en el Sistema Interamericano, y el Derecho Constitucional interno, resulta armoniosa y fluida. Por fortuna la enorme cantidad de veces así es. Aunque en contadas excepciones, el tribunal constitucional, ante una antinomia entre el Sistema convencional y el constitucional, ha preferido el constitucional.

Igualmente vale la pena señalar las potencialidades de la herramienta del control convencional. En muchas ocasiones se acusa al sistema interamericano, y a sus órganos, de tomar decisiones internas, desde San José de Costa Rica, o Washington³⁷¹, sin tomar en cuenta los contextos y las particularidades nacionales. En esa medida la tesis del control de convencionalidad se presenta con el apoyo jurisprudencial para que jueces nacionales hagan un desarrollo contextualizado de la Convención. Señala el juez García Ramírez que la verdadera lucha por la vigencia plena de los derechos humanos se ganará en el ámbito interno³⁷². El concepto de control convencional surge con el fin de empoderar a los jueces internos e impulsarlos a que ellos – siempre respetando el modelo de control constitucional de cada Estado- abracen la Convención americana, y de manera contextualizada, concreta tomen decisiones que armonicen el sistema interamericano y el derecho interno. Surgen así dos control convencionales; uno: concentrado, ejercido por la Corte Interamericana de derechos humanos como tribunal competente para proferir interpretaciones autorizadas sobre los derechos contenidos en el pacto de San José y otros instrumentos del sistema; y el control convencional difuso, ejercido por todos los jueces de los Estados, obligados todos a dicha actividad. De esta manera, la obligación de control convencional es un mandato a armonizar dos sistemas jurídicos. Eduardo Ferrer Mac-Gregor apunta a un problema relevante que aclara las posibles diferencias entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, todos los jueces de todos los Estados parte de la Convención deben confrontar el Derecho interno con las obligaciones internacionales. Surge la tensión entre el modelo de control

³⁷¹ PARRAVERA, Óscar, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates" En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, noviembre de 2012 pp. 5-51.

³⁷² Voto razonado Juez García Ramírez, citado por Andrés Gil Domínguez, "El control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en ALBANASE Susana (Comp.) *El control de Convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 65.

constitucional de cada Estado y el control convencional. A título de ilustración puede ser útil un ejemplo.

Si un determinado país definió su control constitucional a partir del modelo concentrado en la que un solo Tribunal es competente para inaplicar una norma infraconstitucional, ¿Cómo puede cumplirse la obligación internacional según la cual todos los jueces *ex officio* ejercen el control convencional? La obligatoriedad de realizar control convencional no está dirigida a los jueces constitucionales nacionales, sino a todos los jueces. Ferrer Mac-Gregor señala que no es tal la tensión entre la tesis del control convencional y el respeto al modelo de control constitucional de cada Estado. No se trata qué los jueces nacionales que no tienen la facultad de inaplicar normas, la adquieran en virtud del control convencional. El deber de la judicatura es el de “armonizar”; “*lo cual significa realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles al parámetro convencional*”³⁷³.

El control convencional y el bloque de constitucionalidad son dos instituciones diversas³⁷⁴, pero parte de un mismo fenómeno: la globalización del derecho, su unificación. En el caso del Bloque de constitucionalidad opera, en virtud de diversas normas constitucionales³⁷⁵, una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. El Control Convencional puede ser leído como un reforzamiento de esta tesis, pero desde la Corte IDH. En diversas constituciones se han elevado a rango *ius fundamental*, la aplicación del derecho internacional. La reforma constitucional

³⁷³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano” en Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 9 n.º 2, 2011, p. 535.

³⁷⁴ Ver Por ejemplo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano” en Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 9 n.º 2, 2011.

³⁷⁵ Se ha escrito bastante sobre la constitucionalización del Derecho, y concretamente del derecho internacional. Diversas normas fundamentales de la región le han dado rango superior a la ley (tradicionalmente un tratado internacional tenía la jerarquía de la norma que lo adoptaba; una ley) a las normas convencionales sobre derechos humanos. Las recientes reformas a las constituciones de México (junio de 2011), la nueva constitución de la República Dominicana (art. 74.3) y las constituciones de Bolivia (art. 256.1) Ecuador (art. 424) Venezuela (art. 23) evidencian que el derecho internacional de los derechos humanos, tiene aplicación inmediata y rango constitucional.

Argentina de 1994, la Constitución venezolana de 1999, la constitución de Bolivia de 2009, la reciente reforma constitucional de México de 2011.

En el caso de Colombia, la constitucionalización del derecho internacional ha sido ágil y funcional. Continuamente, decisiones de la Corte, no solo contenciosas contra el Estado, sino diversas decisiones tanto consultivas como contra otros Estado parte de la Convención, han sido integradas, con diferente grado de vinculatoriedad al Bloque de constitucionalidad. En la multicitada T-1319 de 2001 vemos que "Para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad (...) ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente"³⁷⁶. Así, en prolífica jurisprudencia nuestro tribunal ha acudido a la jurisprudencia interamericana. No bajo el nombre de control convencional, sino como bloque de constitucionalidad.

Han sido³⁷⁷ celebradas las decisiones de la Corte Constitucional relacionadas con la introducción de nuevos estándares en temas de derechos humanos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. El caso de la Sentencia C-004 de 2003, y su desarrollo de la cosa juzgada fraudulenta, es sin duda ejemplo en la región frente a la "armonización" de los derechos de las víctimas del conflicto armado, y las garantías de los procesados.

"Otro escenario relevante en esta interacción se puede observar en la relación de la Corte Constitucional de Colombia con la implementación de algunas decisiones interamericanas. En efecto, respecto a varias medidas cautelares (de la Comisión Interamericana) y medidas provisionales (de la Corte Interamericana), la Corte Constitucional ha defendido su

³⁷⁶ T-1319 de 2001; M. P.: Rodrigo Uprimny.

³⁷⁷ PARRAVERA, Oscar, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates" En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Noviembre de 2012 pp. 5-51. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, "El control de convencionalidad y el sistema colombiano" en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 163-190.

obligatoriedad en el ámbito interno y ha emitido diversas órdenes para contribuir a la eficacia de dichas medidas, particularmente respecto a que se investiguen adecuadamente los hechos y se suministre cierto tipo de información que permita una investigación con debida diligencia.³⁷⁸³⁷⁹

7.3 EL CASO DE LA C-442 DE 2011

Extrañamente, en el único momento en el que la Corte usa explícita y directamente el concepto de control convencional, lo hace para inaplicar la jurisprudencia del sistema. En un caso en el que se solicitó al tribunal constitucional declarar contrario a la Carta Política y la Convención Americana la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, la Corte consideró que el control convencional solicitado no era aplicable.

“Ahora bien, aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso **colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad** que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión.”³⁸⁰

Ante la extrañeza del fallo (la primera ocasión en la que la Corte usa explícitamente el concepto de control convencional, se desconoce el estándar internacional) el salvamento de voto de la magistrada disidente de la mayoría, expone:

“Para cualquiera debía ser claro que la solución aceptable de un conflicto como el que se presentaba en este proceso solo era posible si se tenían en cuenta los cambios normativos que introdujeron la Carta de 1991 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como estos

378 Ver al respecto las sentencias T-327 de 2004 (sobre las medidas provisionales a favor de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó) y T-558 de 2003 (sobre medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana).

379 PARRA VERA, ob. cit. p. 37.

380 Cfr. Corte Constitucional, C-442 de 2011.

instrumentos normativos han sido interpretados por esta Corte, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por la Comisión Interamericana. *Sin embargo, como puede apreciarse sin dificultades a partir del texto de este fallo, la mayoría de la Sala dejó de hacerlo y en cambio abordó el problema jurídico de este caso únicamente con criterios tomados de la jurisprudencia nacional*, y aparte de eso resolvió uno de los cargos (el de violación del principio de legalidad) sobre la base de que hay un Derecho viviente, construido desde una época preconstitucional (la de la Constitución de 1886). Trataré de mostrar las razones en las cuales me apoyo para llegar a esa conclusión”³⁸¹.

El otro juez disidente muestra la misma perplejidad ante la paradoja.

“Pues bien, esa interpretación del principio de estricta legalidad penal puede ser plausible en otros contextos, y de hecho se ha adoptado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán³⁸² y en la de la Corte Europea de Derechos Humanos³⁸³. Pero en el contexto interamericano, y sobre todo cuando se usa para controlar la constitucionalidad de tipos penales que establecen responsabilidades ulteriores al ejercicio de la *libertad de expresión*, ese entendimiento es contrario precisamente al Derecho viviente, que en este fallo se trató de defender con tanto ahínco. **Lo que ocurre es que no contradice cualquier Derecho viviente, sino el Derecho convencional viviente; es decir, el que mana de una interpretación consistente, consolidada y relevante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), llevada a cabo no solo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina más autorizada en la materia; como pasamos a mostrarlo a continuación**³⁸⁴. (Negrilla fuera del texto).

381 Salvamento de Voto de la M. P.: María Victoria Calle.

382 Según la referencia de Roxin, quien por su parte la encuentra criticable. Ver Roxin, Claus: *Derecho penal. Parte general*, Trad. De la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luizón Peña y otros, Madrid, Thomson, Civitas, 1997, p. 171.

383 Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Müller y otros contra Suiza*, sentencia del veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), Aplicación n.º 10737/84.

384 Salvamento de Voto, M. P.: Juan Carlos Henao.

Parece que la labor de desarrolla explícitamente el control de Convencionalidad, además de la Corte Constitucional, también puede recaer consciente y deliberadamente en los jueces ordinarios. Sin duda la herramienta se presenta como un horizonte de alternativas que permite potenciar los cambios jurídicos.

7.4 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
	Ejercicios

Caso

En un Estado del continente sur americano, parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su Código penal prevé la sanción del delito de injuria. Este se consuma cuando se “hacen imputaciones deshonrosas” con la intención de ofender (*animus injuriandi*), de afectar el bien jurídico del buen nombre y crédito público, a otra persona.

En este Estado en el año 2030 se desarrolla un debate electoral para la elección de primer ministro. Diversos medios de comunicación, prensa, radio y televisión, difunden información sobre los candidatos al cargo. Esta información versa, sobre su patrimonio, los cargos públicos que han desempeñado anteriormente, sus núcleos familiares y los cargos que aquellos han ejercido, etc. Los medios de comunicación han descubiertos fuentes objetivas y veraces que señalan que uno de los candidatos fue un mal estudiante de Derecho, así como que en varias ocasiones fue sancionado por hacer plagio en sus exámenes preparatorios.

Antes que la información sea difundida el candidato presenta una querella contra el medio de comunicación, con el fin de que a petición de un fiscal, un juez de garantías impida la difusión de dicha información, y posteriormente, tras el desarrollo del proceso penal, sanciones a los periodistas y al medio de comunicación por la información que quiso publicar.

Usted es el juez penal que le corresponde resolver las solicitudes, tanto de prohibición de difusión como de la eventual sanción penal y la responsabilidad civil derivada de ella.

Guía de corrección

1. Si el juez hace la lectura del delito de injuria, desde la jurisprudencia penal, puede llegar a una conclusión en la que la difusión de cierta información si constituye una falta de respeto, y en esa medida una imputación “deshonrosa”.
2. Por el contrario, la conciencia del control de convencionalidad, obliga a que el juez acuda a una nueva tradición. La jurisprudencia de la Corte IDH, en ella se reconocen, que existen “discursos protegidos”, es decir ejercicios de la libertad de expresión que gozan de especial protección; una de ellas, es la información que se difunde sobre candidatos a cargos públicos, ya que ella resulta importante para una adecuada elección de los ciudadanos.
3. La “tradición constitucional” (la jurisprudencia de la Corte Constitucional) igualmente reconoce que al tratarse de la restricción de un derecho de libertad, se presume que su limitación es inconstitucional.
4. La constitución en su art. 20, igualmente prevé ciertas restricciones que están *in limine* prohibidas, una de ellas es la censura previa: la primera petición del candidato al juez penal.
5. Así, existen otras alternativas de restricción: ofrecer el derecho de réplica o el derecho de retractación.
6. Finalmente, determinar si se cometió eventualmente el delito de “injuria”, implica ampliar la tradición en la que se lee el código penal, y determinar si lo “deshonroso”, es una adecuada formulación legal de una restricción a la libertad de expresión, conforme al juicio tripartito previsto por la Corte IDH.

7.5 AUTOEVALUACIÓN

<i>Autoevaluación</i>	
<i>ae</i>	<p>La historia</p> <p>La rama judicial Colombiana está siendo convocada a la reparación integral de uno de los universos de víctimas más amplios de los procesos transicionales del mundo. Las leyes que componen el marco jurídico aplicable, desde la ley 417 de 1998, hasta la ley 1448 de 2011, prevén múltiples derechos, procedimientos</p>

y autoridades encargadas del reconocimiento de los derechos de las víctimas. En muchos aspectos la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido parámetros mínimos de verdad, justicia y reparación a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos que pueden no estar integrados en la legislación interna.

Algunas de las advertencias hechas por la Corte Interamericana se encuentran en pasajes o fragmentos que pueden ser considerados como *obiter dictum*, en casos Consultivos contra diversos Estados del hemisferio, o simplemente, no integran el Bloque de Constitucionalidad.

Las preguntas.

¿En su opinión son diferentes los conceptos de control convencional y el de Bloque de Constitucionalidad?

¿Qué papel puede jugar el concepto de control convencional, frente al concepto de Bloque de Constitucionalidad, en un escenario en el que la judicatura, en todas sus jurisdicciones, está involucrado en la reparación integral a las víctimas del conflicto armado?

¿Puede existir una relación de complementariedad entre los conceptos de Bloque de Constitucionalidad, y Control Convencional? ¿A aquella doctrina que no esté directamente introducida en el derecho interno colombiano, puede ser incluida por vía del Control de Convencionalidad?

ae

GLOSARIO

Analogía iuris: Aplicación de un principio general extraído de diversas disposiciones del ordenamiento jurídico en situaciones que no se encuentran contempladas de forma explícita en una norma jurídica.

Analogía legis: Aplicación de una norma jurídica a una situación no contemplada explícitamente en ella pero cuyos elementos jurídicamente relevantes son esencialmente similares.

Autoprecedente: Obligación general de que juezas y jueces sigan sus propias decisiones precias de forma consistente.

Autoridad del precedente: Hace relación a las razones suficientes que permiten resolver de forma idónea un problema jurídico práctico, las cuales pueden ser evaluadas y no deben ser obedecidas solo por el prestigio del tribunal, jueza o juez que las profiere sino por su razonabilidad como argumentos.

Apartarse del precedente: Para apartarse de forma razonable y adecuada de los *precedentes* juezas y jueces pueden: a) distinguir la subregla fijada en el *precedente* en la medida en que existan diferencias significativas que ameriten un trato jurídico distinto, de modo que se pueda crear una nueva subregla o *ratio decidendi*; b) ampliar o restringir la subregla o *ratio decidendi*; c) Realizar distinciones fácticas que justifiquen variar el precedente.

Cambio de precedentes: Fenómeno que se considera legítimo en el marco de la decisión judicial para juezas y jueces con mayor carga argumentativa cuando se presenta: a) Cambios de legislación que justifiquen cambios jurisprudenciales; b) cambios sociales políticos o económicos que tengan injerencia directa en la manera en que se formularon los principios y reglas jurisprudenciales; y c) Jurisprudencia contradictoria e imprecisa sobre un mismo punto de derecho. Para las Altas Cortes la carga argumentativa es menor y puede darse cuando: a) la doctrina no responda adecuadamente a un cambio social ocurrido con posterioridad; b) la jurisprudencia resulte contraria a los valores, derechos y principios del ordenamiento jurídico y su cambio se justifique para evitar las injusticias del pasado en forma explícita; y c) en eventos de tránsito constitucional o legal.

Campo decisional: Espacio en el que se pueden identificar relaciones estructurales entre las sentencias y se pueden detectar los precedentes. Está delimitado *prima facie* por los supuestos de hecho y sus parecidos de familia así

como por las disposiciones normativas y las normas que se han aplicado, lo cual se concreta en un problema jurídico. Puede caracterizarse a partir de dos tendencias de decisión o respuestas al problema jurídico.

Cosa juzgada: Efecto obligatorio de las providencias judiciales que pone fin a un asunto jurídico.

Derecho viviente: Interpretaciones judiciales efectivas realizadas y aplicadas por juezas y jueces, las cuales en realidad determinan el significado y alcance de las normas. Por vía excepcional puede ser objeto de control cuando evolucionan en contra de la Constitución.

Efectos *erga omnes*: Efecto general de las sentencias que se extiende para todos(as)

Efectos *inter partes*: Vinculación exclusiva de las partes involucradas en el proceso judicial a los efectos de las sentencias.

Ingeniería Reversa: Paso necesario para detectar patrones de reiteración y formación de líneas jurisprudenciales en el que se analiza la estructura citacional de un campo decisional a partir de una sentencia tomada como punto de apoyo en tres fases: inventariando las citas del punto de apoyo, enlistando a su vez en dichas sentencias las referencias a otras decisiones y comparando los listados.

Jurisprudencia: Fuente jurídica de origen judicial. En sentido general se refiere a normas creadas por juezas y jueces en sus providencias. Doctrina general creada por juezas y jueces.

Línea jurisprudencial: Tendencia decisional que se identifica por la reiteración del *precedente* en un campo determinado, la cual se encuentra delimitada por los supuestos de hecho dentro de los que se resuelve como por las normas jurídicas que se pretenden aplicar.

Obiter dicta: Argumentos auxiliares de la argumentación en una sentencia que no definen de forma suficiente el problema jurídico que en ella se plantea. No obstante, permiten aclarar aspectos conceptuales que desempeñan una función secundaria pero importante en la argumentación judicial.

Precedente judicial: Argumentos suficientes que condensan en forma sistemática a la luz de los hechos la interpretación más razonable e idónea para resolver un problema y aplicar el ordenamiento concretando el significado y

alcance de las normas jurídicas. En principio su observancia es obligatoria así como su cumplimiento, salvo que existan razones suficientes y adecuadas para apartarse de él.

Precedente horizontal: Obligación *prima facie* de seguir los precedentes fijados por juezas o jueces de la misma jerarquía.

Precedente vertical: Obligación *prima facie* de seguir los precedentes fijados por juezas o jueces de superior jerarquía.

Problema jurídico: Cuestión que se busca resolver en una sentencia o encabeza la indagación en una línea jurisprudencial. Se encuentra delimitado por los hechos jurídicamente relevantes y por las normas que se debe aplicar en principio.

Ratio decidendi: También designada como *razón de la decisión*, *razón suficiente*, o subregla. Razón o razones que sirven de base para adoptar la decisión judicial, ya que concretan el significado y alcance de las normas jurídicas a la luz de un caso particular con supuestos de hecho bien determinados, de forma que no se puede comprender la decisión que se tome sin comprender las razones en que se fundamenta. Se trata de normas particulares de origen judicial que pueden ser aplicadas a casos similares por sus hechos o circunstancias, es decir, pueden servir para efectuar una aplicación analógica de las normas jurídicas en virtud del principio de igualdad.

Ratio decidendi en sentido formal: Subregla formulada en forma expresa por juezas o jueces para resolver un caso específico y que debe ser observada *prima facie*.

Ratio decidendi en sentido material: Subregla que juezas o jueces posteriores extraen del análisis de sentencias previas con el fin de concretar el *precedente*.

<i>Bibliografía seleccionada</i>	
<i>b</i>	Referencias bibliográficas
	AA.VV. "Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas". Corporación Humanas. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Bogotá, 2010.
	AGUILAR ÁNGEL, Alyaro. "El precedente Judicial". En: <i>Memorando de Derecho</i> , n.º 2, Universidad Libre Seccional Pereira, 2011, pp. 153-162.

- b**
- AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona, 2000.
- AGUILÓ REGLA, Josep. "Fuentes del Derecho y normas de origen judicial". En: *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*. n.º 3, Junio-Noviembre, 2009, p. 147-165.
- ALEXY Robert. Teoría de los Derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANSOLÁBEHERE, Karina. *La política desde la justicia. Cortes Supremas, Gobierno y Democracia en Argentina y México*, Fontamara-FLACSO, México, 2007.
- APARISI MIRALLES, Ángela. "Notas sobre la jurisprudencia como fuente del derecho". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. IX, 1992, Valencia, pp. 249-265.
- ARAGÓN REYES, Manuel, Estudios de derechos constitucional, CEPC, 2012
- _____. La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional, REDC, Núm. 17, 1986.
- ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César, Temas Básicos de Derecho constitucional Tomo I., Thomson Reuters, Civitas., 2011.
- ARIAS GARCÍA, Fernando. "Valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado: ¿una alteración al sistema de fuentes de derecho en el proceso contencioso administrativo?" En: *Principia Juris*, n.º 17, Enero-Julio, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2012, pp. 129-148.
- ASÍMOV, Isaac. "Intuición Femenina", En: *Cuentos Completos II*, Ediciones B Zeta Bolsillo, Barcelona, 2009, pp. 488-512.

b	<p>ATIENZA, Manuel. <i>Cuestiones judiciales</i>. Fontamara. México, 2004.</p> <p>BASTIDAS de RAMÍREZ, Raquel. <i>El precedente judicial</i>. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, pp. 280-281.</p> <p>BATISTA PEREIRA, Eliécer y CORAL LUCERO, James Iván. "La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia". En: <i>Criterio Jurídico</i>, Vol. 10, Núm. 1, Santiago de Cali, 2010, pp. 59-90.</p> <p>BATTISTA RATTI, Giovanni. "Contrafácticos y juicios causales". En: <i>Diritto e questioni pubbliche</i>, Palermo, 2012, pp. 447-268.</p> <p>BERGOGLIO, María Inés. "Cambios en la profesión jurídica en América Latina". En: <i>Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho</i>, Año 5, Núm. 10, 2007, p. 9-34.</p> <p>BERNAL CANO, Natalia. "Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho". En: <i>Cuestiones Constitucionales</i>, Universidad Nacional Autónoma de México, Núm. 28, enero-junio, 2013, pp. 365-383.</p> <p>BERNAL PULIDO, Carlos. "El precedente Constitucional en Colombia". En: <i>Revista Derecho del Estado</i>, n.º 21, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 81-94.</p> <p>BERNAL PULIDO, Carlos. <i>El Derecho de los derechos</i>. Universidad Externado de Colombia, Quinta Reimpresión 2008 (2005), Bogotá.</p> <p>BOBBIO, Norberto. <i>Teoría General del Derecho</i>, Temis, Bogotá, 1987.</p> <p>BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. "Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho". En: <i>Revista Jurídica de Investigación e Innovación educativa</i>, núm. 4, junio, 2011, pp. 73-90.</p>
---	--

- b**
- BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BORGES, Jorge Luis y FERRARI Osvaldo. "Cómo nace y se hace un cuento de Borges". En: *En Diálogo I*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2005, p. 39-40.
- BORGES, Jorge Luis. "La trama". En: *El hacedor*. Alianza, Madrid, 1998 (1960), p. 11.
- BORRERO, Camilo; GALVIS, María Clara; ROJAS, Danilo; UPRIMNY, Rodrigo. "La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En: Revista *Pensamiento Jurídico*, n.º 15, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 349-351.
- CABALLERO NÚÑEZ, Julián; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Iveth y PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. "Análisis de la jurisprudencia C 836 de 2001 emanada de la Corte Constitucional". En: *Justicia Juris*, Vol. 9, abril-septiembre, Universidad Autónoma del Caribe, Barranquilla, 2008, pp. 63-66.
- CALVO GONZÁLEZ, José. "Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional". En: *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 24, 2007, pp. 307-332.
- CAMUS, Albert. *El extranjero*. Comfama, Medellín, 2013.
- CARRERAS JIMÉNEZ, Mercedes. "Derecho y literatura". En: *Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, No 34, 1996, pp. 33-61.
- CARRIÓN, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986.

b	<p>CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). <i>Litigio Estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho</i>. Siglo XIX Editores, Buenos Aires, 2008.</p> <p>CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. "El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho". En: <i>Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas</i>, Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 41, Núm. 115, julio-diciembre, 2011, pp. 331-361.</p> <p>CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz y MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. "El concepto de litigio estratégico en américa latina: 1990-2010". En: <i>Vniversitas</i>, núm. 121, julio-diciembre, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, pp. 49-75.</p> <p>CORREA MONTOYA, Lucas. "Estrategias de litigio de alto impacto: elementos básicos para su diseño e implementación". En: <i>Jurídicas</i>, Vol. 4, Núm. 2, Julio-Diciembre, 2007, pp. 149-162.</p> <p>CRUZ MANUEL, Filosofía Contemporánea, Santillana ediciones, 2002, Madrid.</p> <p>CRUZ RODRÍGUEZ, Michael. <i>Las relaciones entre el poder judicial y la clase política institucionalizada 1991-2013. Tres estudios sobre independencia práctica</i>. Universidad Nacional de Colombia –Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, pp. 121-143. Disponible en: http://www.bdigital.unal.edu.co/40051/1/6701688.2013.pdf</p> <p>DE MIGUEL DÍAZ, Mario. "La formación continuada. Algunas propuestas de carácter metodológico". En: <i>Revista de Educación y Derecho</i>, Universitat de Barcelona, n.º 5, 2012, pp. 1-18.</p> <p>CUBELLS SERRA, Jenny e IÑIGUEZ RUEDA, Lupicinio. "La construcción de hechos en el discurso</p>
--	---

jurídico: análisis del caso de los «robos en cajeros automáticos de la ciudad de Barcelona»". En: *Revista Española de Investigación Criminológica*. Artículo 4, Núm. 6, 2008, p. 1-24.

CHARTIER, Roger. *Cultural History: Between Practices and Representations*. Cambridge: Polity Press, 1983.

DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

DOSTOIEVSKI, Fedor. *Crimen y Castigo*. Debolsillo, Bogotá, 2014.

DOSTOIEVSKI, Fedor. *Los hermanos Karamazov*. Debolsillo, Barcelona, 2011.

DWORKIN, Ronald "Cómo el Derecho se parece a la literatura". En: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes, 1997, pp. 143-180.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional". En: *Foro, Nueva época*, Núm. 3, 2006, pp. 27-92.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano" en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 9 n.º 2, 2011, pág. 535.

FOUCAULT, Michel. "Qué es un autor". En: *Dialéctica*, Año IX, n.º 16, Diciembre, 1984, pp. 51-82.

FOUCAULT, Michel. *Yo, Pierre Riviere, habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano... Un caso de Parricidio del siglo XIX presentado por Michel Foucault*. España: Tusquets, 2001.

b

b	<p>FROMMEL, M., Die Rezeption der hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1981, W.</p> <p>GADAMER Hans-Georg, Verdad y Método I, fundamentos de una hermenéutica filosófica, Sexta edición, Ediciones Sigueme- Salamanca, 1996.</p> <p>GADAMER Hans-Georg, Verdad y Método II, Ediciones Sigueme- Salamanca, 1992</p> <p>GALANTER, Marc (2005) "Por qué los "poseedores" salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico". En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.) <i>Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos</i>. Universidad Nacional de Colombia- Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, pp. 69-162.</p> <p>GALLEGO MARÍN, Carlos Arturo. "El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social". En: <i>Jurídicas</i>, Vol. 9, n.º 2, Universidad de Caldas, 2012, pp. 70-90.</p> <p>GARGARELLA, Roberto. <i>La justicia frente al gobierno sobre el carácter contramayoritario del poder judicial</i>. Barcelona: Ariel S. A., 1996.</p> <p>GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. "La predecibilidad de las decisiones judiciales". En: <i>Ius et Praxis</i>, Universidad de Talca, Chile, vol. 15, núm. 1, 2009, p. 55-72.</p> <p>GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. "El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad". En: <i>Anuario Facultad de Derecho</i>, Universidad de Alcalá (IV), 2011, pp. 27-48.</p> <p>GEERTZ, C., La interpretación de las culturas, Gedisa, 1988.</p> <p>GIRALDO OSORIO, Ana María y SIERRAARANGO, Andrés Felipe. "Acto sexual violento vs injuria por</p>
---	---

b

- vía de hecho". En: *Revista Cultura Investigativa*, Revista virtual de semilleros de derecho. Núm. 1, Noviembre, 2010, pp. 43-49.
- GOODHART, Arthur L. "Determining the *Ratio decidendi* of a Case". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 40, n.º 2 Dec., 1930, p. 169.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, Diego León. "Análisis de la interpretación del artículo 230 de la Constitución Nacional, en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia (2007-2009)". En: *Criterio Jurídico*, Vol. 10, Núm., 2, Santiago de Cali, pp. 209-234.
- GORDILLO, Agustín. "Cómo leer una sentencia". En: *Introducción al derecho*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Capítulo V.
- GORDILLO GUERRERO, Carmen Lucía. *Modulo Aprender a Aprender en el modelo educativo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura: 2007.
- GUIASTINI, Riccardo. "Disposición vs. Norma". En: *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción de Jordi Ferrer i. Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pp. 133-156.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro, "Las «peculiaridades» del precedente constitucional en el Perú". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Comps.)*Estudios al precedente constitucional*. Palestra Editorial, Lima, Perú, p. 79-106.
- GREEN Anna, Theory and History. Cultural History New York, 2008.
- HASSEMER, Hermenéutica r derecho, en "anales de la cátedra F. Suárez", 25, 1985, pp. 77.
- HERNÁNDEZ MEZA, Nelson. *Las consecuencias disciplinarias del desconocimiento del precedente judicial en*

b	<p><i>Colombia. Bases teórica de una propuesta en construcción.</i> Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012.</p> <p>HESSE, K., <i>Escritos de Derecho constitucional</i>, Madrid, 1983.</p> <p>HERING Torres, Max, et ál. <i>Historia Cultural desde Colombia, Categorías y debates</i>, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. 2012.</p> <p>HOY, D.C, <i>Interpreting the law: hermeneutical and poststructuralist perspectives</i>, en <i>Southern California Law Review</i>, 58, 1985, pp. 136 -176</p> <p>ITURRALDE, Victoria. "Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas del <i>civil law</i>: el caso Español". En: <i>Anuario de Filosofía del Derecho</i>, XII, España, 1995, pp. 401-424.</p> <p>ITURRALDE, Victoria. "Lagunas": En: <i>Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial</i>. Universidad del País Vasco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 195-250.</p> <p>JIMÉNEZ OLIVAREZ, Roberto Alfonso. "Los salvamentos de voto como fuentes de la renovación de la jurisprudencia". En: <i>Prolegómenos- Derechos y Valores</i>, Vol. 9 n.º 8, julio-diciembre de 2006, pp. 335-356.</p> <p>KAFKA, Franz. <i>El Proceso</i>. Tercera Edición, Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1998.</p> <p>KELSEN, Hans. "El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana". En: <i>Dereito</i>, Vol. IV. n.º 1, 1995, 219-220.</p> <p>KELSEN, Hans. <i>Teoría General del Derecho y el Estado</i>. UNAM, México, 1988.</p> <p>KENNEDY, Duncan. <i>A critique of adjudication (fin de siècle)</i>. Harvard University Press. 1997.</p>
---	---

- KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Javeriana, Instituto PENSAR, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.
- LINARES, Sebastián. "El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas". En: *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 70, Núm. 3, julio-septiembre, 2008, pp. 487-527, 529-539.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Segunda Edición, Legis, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Segunda Edición. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla- Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica". En: *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Nº 1, 2012, Traducción de Christian Delgado Suárez, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 249-266.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Alvaro E. "Actuaciones de las víctimas como sujetos procesales en el nuevo sistema penal acusatorio". En: *Prolegómenos. Derechos y valores*. Vol. XIII, Núm. 26, Julio-diciembre, 2010, pp. 11-28.
- MÁRQUEZ VÁZQUEZ, Clara Inés. "Consideraciones sobre «el derecho viviente»". En: *Elementos de juicio. Revista de temas constitucionales*. UNAM, No 1, Marzo, 2006, pp. 101-104.
- MIELES GONZÁLEZ, Fabián Ernesto. *El sistema de derecho judicial. Una lectura sociológica*. Trabajo de Grado para optar por el título de Magister en Derecho. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

b

- b**
- MEJÍA QUINTANA, Oscar, Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho, en "Revista Pensamiento Jurídico n.º 39, Universidad Nacional de Colombia, 2014, Bogotá.
- MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Marcial Pons. Madrid, 2002.
- MORENO ORTIZ, Luis Javier. "Tutela contra sentencias. Procedencia y modalidades jurisprudenciales en Colombia (1992-2006). En: *Civilizar*, n.º 16, enero-junio, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2009, pp. 57-72.
- MOTTA NAVAS, Álvaro Andrés; SUELTO COCK, Vanessa y CORRALES SÁNCHEZ, María Estela. *La importancia de la jurisprudencia en Colombia*. GIZ-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2012 131-134.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Astrea. Buenos Aires, 2ª Edición, 12ª Reimpresión, 2003.
- OSUNA FERNÁNDEZ, LARGO, A., Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans Georg Gadamer, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993.
- PADILLA, Jorge; RUEDA, Natalia y ZAFRA SIERRA, Málory. "Labor creadora de la jurisprudencia de la «Corte de Oro». Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas". En: *Revista de Derecho Privado*, Núm. 16, Enero-Junio, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 105-156.
- PARRA VERA, Oscar, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates" En *Revista*

- Jurídica de la Universidad de Palermo*, Noviembre de 2012 pp. 5-51
- PARRA, María Victoria. "El precedente judicial en el derecho comparado". En: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Vol. 4, 2004, pp. 241-264.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1984.
- PRIETO SANCHIS, Luis., Notas sobre la interpretación jurídica, REDC, Núm. 22, 1988.
- PONS Anaclet y SERNA Justo, La Historia cultural. Madrid 2005.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, "El control de convencionalidad y el sistema colombiano" en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 12, Julio-diciembre 2009, pp. 163-190.
- QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia. "La seguridad jurídica: entre la tradición y la renovación del derecho". En *Precedente*, ICESI, 2001, pp. 135-149.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. "La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Comps.) *Estudios al precedente constitucional*. Palestra Editorial, Lima, Perú, Pp. 151-173.
- RICOEUR, Paul *Hermenéutica y acción. De la hermenéutica del texto a la hermenéutica de la acción*, ed. Docencia, Buenos Aires, 1985.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos". En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Comps.) *Estudios al precedente constitucional*. Palestra Editorial, Lima, Perú, pp. 15-78.

b

- b**
- ROJAS BETANCOURT, Danilo. "Extensión de las sentencias de unificación de jurisprudencia". En: *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado- Banco de la República, Bogotá, pp. 89-124.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *El peritaje antropológico: justicia en clave cultural*. GIZ, Bogotá, 2010.
- SCHIELE MANZOR, Carolina. "La jurisprudencia como fuente del derecho. El papel de la jurisprudencia". En: *Ars Boni et Aequi*, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, n.º 4, 2008, Santiago, Chile, pp.181-200.
- SILVA GARCÍA, Germán. *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Tomo III: "La administración de justicia". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- SILVA GARCÍA, Germán. "Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y la administración de justicia". En: *Prolegómenos- Derechos y Valores*, Vol. 12, Núm. 23, Enero-Junio, 2009, pp. 71-154.
- SKINNER VÁSQUEZ, Marco Aurelio. *Historia del precedente judicial en Colombia*. La Bastilla, Bucaramanga, 2011.
- TARUFFO, Michelle. "Precedente y jurisprudencia". En: *Precedente. Anuario Jurídico*. Universidad ICESI, 2007, pp. 85-99.
- TATE, Neal C. y VALLINDER, Torbjorn (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London: New York University Press 1995.
- TORRES ÁVILA Jheison, El mandato del estado social de derecho en la constitución colombiana los derechos sociales y el mínimo vital, USTA, 2012
- UPRIMNY, Rodrigo; FUENTES, Adriana; JARAMILLO, Juan; BOTERO, Catalina. *Libertad*

- b*
- de Prensa y Derechos Fundamentales. Análisis de la Jurisprudencia Constitucional en Colombia (1992-2005). Bogotá, Konrad Adenauer-DeJusticia-Andiarios: 2006, pp. XV-XXX.
- VATTIMO, Gianni. "La hermenéutica como koiné", *Revista de Occidente*, n° 80, enero, 1988, pp. 101-112.
- VARGAS RINCÓN, Alfonso. "Sentencias de Unificación Jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial". En: *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado- Banco de la República, Bogotá, pp. 125-140.
- VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la Sentencia Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2008.
- VILLEGRAS FARIAS, Daniel Herrán. *El precedente judicial en la práctica constitucional chilena. Estudios críticos: Cortes de Apelaciones y Corte Suprema*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia. Universidad Austral de Chile. Enero, 2007.
- ZACCARIA Giuseppe, "Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración" en Razón e interpretación jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.
- ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. "Derecho y literatura: aspectos teóricos". En: *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 70, 2013, pp. 379-409.

<i>j</i>	<p><i>Jurisprudencia de la Corte Constitucional:</i></p> <p>Sentencia C-037 de 1996 M. P.; Vladimiro Naranjo Mesa.</p> <p>Sentencia C-083 de 1995 M. P.; Carlos Gaviria Díaz.</p> <p>Sentencia C-113 de 1993 M. P.; Jorge Arango Mejía.</p> <p>Sentencia C-1294 de 2001 M. P.; Marco Gerardo Monroy Cabra Aclaración de voto de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández</p> <p>Sentencia C-131 de 1993 M. P.; Alejandro Martínez Caballero.</p> <p>Sentencia C-225 de 2008 M. P.; Jaime Córdoba Triviño.</p> <p>Sentencia C-258 de 2013 M. P.; Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.</p> <p>Sentencia C-426 de 2002 M. P.; Rodrigo Escobar Gil.</p> <p>Sentencia C-539 de 2011 M. P.; Luis Ernesto Vargas Silva.</p> <p>Sentencia C-557 de 2001 M. P.; Manuel José Cepeda Espinosa.</p> <p>Sentencia C-569 de 2004 M. P.; Rodrigo Uprimny Yepes.</p> <p>Sentencia C-588 de 2012 M. P.; Mauricio González Cuervo.</p> <p>Sentencia C-590 de 2005 M. P.; Jaime Córdoba Triviño.</p> <p>Sentencia C-634 de 2011 M. P.; Luis Ernesto Vargas Silva.</p> <p>Sentencia C-713 de 2008 M. P.; Clara Inés Vargas Hernández.</p> <p>Sentencia C-826 de 2006 M. P.; Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><u>Sentencia C-836 de 2001 M. P.; Rodrigo Escobar Gil.</u></p>
----------	---

- Sentencia C-842 de 2010 Magistrado Sustanciador; Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-891A de 2006 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia de unificación (SU)- 027 DE 1999 M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia de Unificación (SU)-047 de 1999 M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia SU- 640 de 1998 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia SU-120 de 2003 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T- 175 de 1997 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T- 442 de 2005 M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-007 de 2013 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-068 de 2000 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-1130 de 2003 M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-123 de 1995 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-1317 de 2001 M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes.
- Sentencia T-248 de 2008 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-260 de 1995 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-321 de 1998 M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia T-388 de 2009 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-406 de 1992 M. P.: Ciro Angarita Barón.

j

	<p>Sentencia T-414 de 1992 M. P.: Ciro Angarita Barón.</p> <p>Sentencia T-698 de 2004 M. P.: (E): Rodrigo Uprimny Yepes</p> <p>Sentencia T-836 de 2004 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Aclaración de voto del Magistrado (e) Rodrigo Uprimny Yepes.</p> <p>Sentencia SU -1300 de 2001 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Fundamento Jurídico n.º 2.2.</p> <p>Sentencia C-1195 de 2001 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra</p> <p><i>Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:</i></p> <p>Sala de Casación Laboral, Sección Primera, sentencia del 13 de noviembre de 1991, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, radicación 4486; Sentencias Rad. n.º 7796 del 8 de febrero de 1996, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, Rad. n.º 8616 de 1996 M. P.: Fernando Vásquez Botero.</p> <p>Sala de Casación Laboral, sentencia de 14 de septiembre de 1999, Rad. 12315, M. P.: Germán Valdés Sánchez.</p> <p>Sala de Casación Laboral, sentencia de julio 31 de 2007, radicación N° 29022, M.P: Camilo Tarquino Gallego.</p> <p>Sala de Casación Penal, Sentencia de 1 de febrero de 2012, M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero, Proceso n.º 34853.</p> <p>Sala Plena, sentencia de marzo 30 de 1978, M. P.: Luis Carlos Sáchica. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_3003_1978.html (Consultada el 24 de julio de 2014).</p>
--	---

<p>Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho, Radicado 39456, Bogotá, 10 de abril de 2013.</p> <p>Sala Penal, Auto 18 de abril de 2007, Rad. 26942.</p> <p>Sala de Casación Penal, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez, 6 de mayo de 2009, Aprobado Acta n.^o 127.</p>	<p><i>Jurisprudencia Consejo de Estado:</i></p> <p>Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, CP: Alfonso Vargas Rincón. Mayo 2 de 2013. Radicación: 050012331000200403742 01, Número Interno: 2027-2012.</p> <p>Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, 11 de diciembre de 2013, Radicación n.^o 110010325000201300645 00 (1280-2013). M. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.</p> <p><i>Jurisprudencia Consejo Superior de la Judicatura:</i></p> <p>Sala Jurisdiccional Disciplinaria, M. P.: Wilson Ruiz Orejuela, 8 de mayo de 2013, Radicación: 110010102000200802355 01.</p>
--	--

Estadísticas:

Corte Constitucional Colombiana, Relatoría, Estadísticas 1992-2014 (28 de marzo). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas1992-2014.png> (Consultado el 19 de abril de 2014).



IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co