



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO**



**LÍMITES ENTRE AUTONOMÍA
INTERPRETATIVA Y ARBITRARIEDAD
JUDICIAL:**

***Análisis de jurisprudencia de la Corte
Constitucional de Colombia***

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
M A E S T R A E N D E R E C H O
P R E S E N T A:
LINDA JOHANA MARTÍNEZ ARÉVALO

TUTOR PRINCIPAL:
DR. JAIME CÁRDENAS GRACIA-IIJ

MÉXICO, D.F., JUNIO DE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradecimientos:

En primer lugar, quiero manifestar mi agradecimiento a México, por darme la oportunidad a través de la UNAM y del CONACYT de realizar mis estudios de maestría en Derecho. Guardo en mi corazón un profundo aprecio y gratitud a un país lleno de gente solidaria y calurosa.

Un inmenso agradecimiento a mi tutor el Dr. Jaime Cárdenas Gracia, por su apoyo incondicional durante este proceso, así como también a todo el sínodo que revisó mi tesis, en especial, al Dr. Juan Antonio Cruz Parcero, cuyos comentarios críticos fueron una contribución significativa para este trabajo.

También doy gracias al Dr. Ricardo Caracciolo, por haberme acompañado como cotutor de la investigación durante mi estancia en la Universidad Nacional de Córdoba en Argentina, donde fortalecí mi proceso de formación a nivel académico e investigativo. En mi corazón la hermosa Córdoba brillará para siempre, con la nostalgia de caminar por sus calles y compartir con gente tan valiosa en lo académico como en lo personal.

Finalmente doy gracias a mi compañero Jimmy Melo, por su estímulo y fortaleza en el desarrollo de esta tesis. Y desde luego, a mi madre, abuelita, hermanos y sobrinos, quienes además de brindarme apoyo, representan una motivación para continuar avanzando en el camino.

México, 27 de mayo de 2014.

LISTADO DE ABREVIATURAS

C.C.C.	Corte Constitucional de Colombia.
C.P.C.	Constitución Política de Colombia.
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia.
C.E.	Consejo de Estado.
L.E.A.J.	Ley Estatutaria de Administración de Justicia.
Sentencia C	Sentencia de Constitucionalidad.
Sentencia T	Sentencia de Tutela.
Sentencia SU	Sentencia de Unificación.

Índice

Prólogo al lector	3
Introducción.....	12
CAPÍTULO I	16
1. MARCO TEÓRICO	16
1.1 Discrecionalidad y paradigmas de decisión judicial	16
1.2. El modelo de discrecionalidad fuerte	21
1.3 El modelo de discrecionalidad débil	31
CAPÍTULO II	39
2. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN COLOMBIA	39
2.1 Discrecionalidad judicial y autonomía interpretativa.....	39
2.1.1 Autonomía interpretativa y administración de justicia.....	40
2.1.2. Autonomía interpretativa y principios constitucionales	42
2.2 La actividad discrecional de los jueces en Colombia: ¿Un modelo de discrecionalidad fuerte?	51
CAPITULO III	59
3. LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL	59
3.1 Distinción entre arbitrariedad y capricho judicial	59
3.2 La arbitrariedad formal	62
3.2.1 Desconocimiento del principio de primacía del derecho sustancial.....	62
3.3 La arbitrariedad material	64
3.3.1 Desconocimiento del principio de interpretación conforme	64
CAPITULO IV	75
4. EL CAPRICO JUDICIAL.....	75
4.1 Capricho Formal.....	75

4.2 Capricho material	77
4.2.1 Fundamentación irrazonable	78
4.2.2 Motivación irrazonable	84
4.2.2.1 Coherencia interna	88
4.2.2.2 Coherencia externa	91
CAPÍTULO V	103
5. ALGUNAS APRECIACIONES SOBRE	103
LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL EN MÉXICO	103
5.1 Recapitulación y delimitación temática de este capítulo	103
5.2. Desconocimiento de la supremacía normativa de la constitución	104
5.3. Ausencia de fundamentación	109
5.4. Motivación irrazonable	111
5.4.1 Coherencia interna	111
5.4.2. Coherencia externa	113
5.4.2.1. La integración de la jurisprudencia en México	114
5.4.2.2. La vinculatoriedad del precedente jurisprudencial.....	115
5.4.2.3. La vinculatoriedad del precedente jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	117
6. CONCLUSIONES.....	121
BIBLIOGRAFÍA	131

Prólogo al lector

El lector que lea lo que sigue, encontrará una peculiar forma de plantear y resumir cuatro paradigmas de decisión judicial, que han marcado el pensamiento jurídico contemporáneo. Acaso se trate de una desesperada actitud de esta novel autora por motivar al lector que conoce de estas cuestiones, pero sobre todo a aquél que las desconoce, a que una vez lea este quijotesco prólogo, se interese en la lectura de los capítulos que a continuación se desarrollan.

En el capítulo LI de la segunda parte de Don Quijote de la Mancha de Miguel de Cervantes Saavedra, se narra cómo progresa el gobierno de Sancho Panza en la ínsula de Barataria. Aquel día Sancho quiso ponerse a juzgar, y lo primero que tuvo que resolver fue el siguiente caso que le formuló un forastero:

“—Señor, un caudaloso río dividía dos términos de un mismo señorío, y esté vuestra merced atento, porque el caso es de importancia y algo dificultoso... Digo, pues, que sobre este río estaba una puente, y al cabo della una horca y una como casa de audiencia, en la cual de ordinario había cuatro jueces que juzgaban la ley que puso el dueño del río, de la puente y del señorío, que era en esta forma: «Si alguno pasare por esta puente de una parte a otra, ha de jurar primero adónde y a qué va; y si jurare verdad, déjenle pasar, y si dijere mentira, muera por ello ahorcado en la horca que allí se muestra, sin remisión alguna». Sabida esta ley y la rigurosa condición della, pasaban muchos, y luego en lo que juraban se echaba de ver que decían verdad y los jueces los dejaban pasar libremente. Sucedió, pues, que tomando juramento a un hombre juró y dijo que para el juramento que hacía, que iba a morir en aquella horca que allí estaba, y no a otra cosa. Repararon los jueces en el juramento y dijeron: «Si a este hombre le dejamos pasar libremente, mintió en su juramento, y conforme a la ley debe morir; y si le ahorcamos, él juró que iba a morir en aquella horca, y, habiendo jurado verdad, por la misma ley debe ser libre». Pídese a vuestra merced, señor gobernador, qué

harán los jueces del tal hombre, que aún hasta ahora están dudosos y suspensos, y, habiendo tenido noticia del agudo y elevado entendimiento de vuestra merced, me enviaron a mí a que suplicase a vuestra merced de su parte diese su parecer en tan intricado y dudoso caso.”

No vamos a comentar, por ahora, la manera en que Sancho decidió tan complejo asunto, anticiparemos sí, que el mayordomo quedó tan sorprendido con la prudencia de Sancho, que afirmó que el mismo Licurgo que dio leyes a los Lacedemonios, no pudo dar mejor sentencia que la que el gran Panza había dado. A lo que enseguida vamos a referirnos, es a lo que no se ha contado en esta historia, no porque sea omisión de Don Miguel de Cervantes Saavedra, sino quizá del propio Cide Hamete Benengeli. Lo que no saben los lectores del ingenioso hidalgo, es que mientras Sancho pedía al forastero que le narrara una y otra vez este caso, por su mente pasaron grandiosas elucubraciones y fantasías. Dado que para ese momento, Sancho no contaba con Don Quijote para que lo iluminara con el buen juicio y entendimiento que caracteriza a los caballeros andantes, suplicó a Dios que le permitiera invocar a grandes sabios que le ayudaran a encontrar la respuesta correcta para resolver este asunto, si es que ella existía.

Dios en su infinita grandeza y misericordia, le concedió a Sancho presenciar el avance del conocimiento jurídico del siglo XX, por lo cual le permitió reunirse con cuatro filósofos del derecho de aquella época, que le ofrecerían distintas apreciaciones acerca de cómo debía interpretar y resolver este caso. Sin embargo, puesto que la labor de un filósofo no es la de resolver casos concretos, Dios previno a Sancho de que ninguno de estos hombres le diría cuál debía ser la solución específica a esta cuestión, lo único que harían sería iluminarlo a partir de elevados razonamientos acerca de la naturaleza del derecho y de en qué consiste o debe consistir la labor de los jueces, para que luego él, por sí solo, encontrará cuál debía ser el sentido de la providencia.

Y así fue como mientras el forastero continuaba narrando el caso en cuestión, Sancho, absorto en su fantasía, escuchó estas palabras del primero de los cuatro filósofos, quien se hizo llamar *El formalista*:

--Estimado señor Sancho Panza. En primer lugar, me permito felicitarlo por estar asumiendo la importante labor de aplicar la voluntad superior del legislador. Lo primero que debe saber es que el Derecho de los hombres es pleno y completo, y por lo tanto, en todas las circunstancias, la ley le ofrecerá una solución a cualquier caso que le corresponda resolver. De manera que por más obscuro que le parezca este asunto, tenga la certeza de que una clara respuesta se halla en la misma regla. Lo único que tiene que hacer es lo que desde el gran Aristóteles de Estagira, se conoce como un silogismo deductivo, que en nada es algo complicado. Usted simplemente debe aplicar la norma dispuesta para el caso a los supuestos fácticos dados. Es todo. Como verá, el razonamiento judicial es algo muy simple.

Sólo me resta decirle que lamento mucho que vaya a reunirse con los otros filósofos. Debo advertirle que estos personajes, lejos de ayudar a la comprensión de la verdadera naturaleza del derecho, la han oscurecido en forma nefasta. Seguramente le dirán que existen casos fáciles y difíciles, por favor no preste atención a esta distinción, ya que es a todas luces artificiosa. También pueden llegar a decirle que los jueces tienen una libertad desmedida que han dado en llamar discrecionalidad, por favor olvídense pronto de semejante exabrupto, ya que usted no puede, ni debe fallar más allá de lo que la propia ley le indica. En resumen, señor Panza, haga caso omiso de todas estas complicaciones innecesarias, porque tal como se lo he señalado el razonamiento judicial es algo muy simple. No me queda nada más que decirle que debe usted estar tranquilo y a la vez agradecido con el señor Duque que al hacerlo gobernador de la ínsula de Barataria, le ha permitido ser instrumento de la voluntad del legislador.

Después de estas palabras, que dejaron a Sancho más perplejo que iluminado, siguió el turno de otro filósofo que se hizo llamar *El realista*:

--Bienaventurado sea señor Sancho Panza, de que al ser gobernador de la ínsula de Barataria, le haya sido concedido el ministerio de la magistratura. No hay otra profesión u oficio humano sobre la faz de la tierra, que pueda equiparar en grandeza la labor de un árbitro de la justicia. Y lo es así porque el Derecho de los legisladores es incompleto e imperfecto, puesto que es incapaz de dar solución a todos los problemas que surgen entre los ciudadanos, y que sólo la judicatura puede resolver. Así, mientras el Derecho de los legisladores es defectuoso, el Derecho de los jueces brilla en el cenit de su perfección.

Sepa usted señor Panza, que lo único relevante en la comprensión de la naturaleza del Derecho es lo que hacen los tribunales, y la posibilidad de predecirlo. Por lo tanto, no ha de caer usted en esas falacias que afirman que el papel del juez se reduce a la implementación de lo dispuesto por el legislador, y que las decisiones judiciales que se pronuncian sobre casos particulares, han de estar justificadas única y exclusivamente por las normas jurídicas preexistentes. Todos estos ardides pretenden sobreponer la ley a costa del valor de la justicia. De modo que si es de su voluntad dar primacía al valor de la justicia, que según entiendo es la causa principal de los caballeros andantes, como lo es su amo el señor Don Quijote; debe usted tener presente que su potestad de juez le otorga la discrecionalidad de elegir entre alternativas excluyentes, bajo sus propios criterios de evaluación o de acuerdo a su escala personal de preferencias, en contra o al margen de lo que expresen las reglas. En resumen, señor Panza, la solución a este lioso asunto que le ha correspondido resolver, no se encuentra en la regla de quien la legisló, sino que se halla en poder suyo.

Aturdido por cuenta de estos desvariados discursos, Sancho agradeció a Dios por el favor de socorrerlo, y en seguida le pidió perdón, por no poder corresponder a su amparo, ya que como había dicho al forastero, era un hombre más mostrenco que agudo, y su escaso entendimiento no le permitía comprender cómo todas estas complejas cuestiones acerca del Derecho, podían ayudarle a resolver este asunto. Tan fatigado estaba Sancho, que prefería acudir al perdón divino antes

que continuar esta agonía filosófica. Pero no valieron sus súplicas, ya que enseguida se presentó el tercer filósofo quien se hizo llamar Hart *El positivista*:

--Señor Sancho Panza. Me siento muy complacido de poder pronunciar sobre este caso tan extraordinario por su singularidad, como por su ejemplaridad al momento de demostrar que tanto la actividad legislativa como la judicial no siempre son tareas fáciles para nuestra condición humana. Permítame empezar refiriéndome a la actividad legislativa. Debe usted saber que ningún legislador humano está en capacidad de anticipar todas las posibilidades fácticas que deberían quedar incluidas en la regulación; es por esta razón, que las normas que son enunciados relativos a cuestiones de hecho, deben ser formuladas en términos generales.

Ello no traería complicaciones, sino fuera porque tal como lo señala el mito de la torre de babel, siendo las lenguas del mundo tan descomunales en su riqueza, están llenas de palabras y enunciados que admiten más de una interpretación, generando confusión entre los hombres. En el caso de las reglas jurídicas, estas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca de su significado. Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.

Esta indeterminación semántica, propia de todas las reglas, la he dado en llamar halo de vaguedad o "textura abierta". Dicha noción nos ayuda a esclarecer cómo frente cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. En otras palabras, señor Sancho, en el Derecho hay casos en donde la labor del juez consiste en la mera aplicación de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro, éstos son los casos paradigmáticos o aquellos sobre los cuales no existe duda acerca de cómo aplicar el Derecho. Pero también hay muchos casos difíciles, como el que a usted le ha

tocado resolver hoy, en los que ni las leyes, ni los precedentes en los que están contenidas las reglas, permiten un único resultado.

Supongo que hasta ahora, lo habré desilusionado, porque sólo me he referido a que tanto la actividad legislativa como la actividad judicial no siempre son tareas fáciles, y sé que la sola descripción del fenómeno no le es útil para resolver este asunto. Infortunadamente, me temo que su desilusión habrá de ser mayor, al hacerle saber que la presencia de casos difíciles, caracterizados por la existencia de varios cursos de acción jurídicamente correctos o la inexistencia de éstos, implica la imposibilidad fáctica de que exista una única respuesta correcta. Ello significa, que no existe una respuesta correcta para el caso que le ha planteado el forastero.

Sin embargo, de ningún modo, ello significa que su labor como juez sea nula, pues por el contrario, es en los casos difíciles donde su poder se ve más robustecido. Sepa señor Sancho que la existencia de estos casos difíciles, es lo que justifica la discrecionalidad judicial, la cual supone a la vez una permanente actividad creadora por parte de los jueces. Ello quiere decir que usted tiene toda la libertad de crear una nueva norma para dar solución a este caso difícil, recurriendo incluso a elementos extrajurídicos que aunque no estén relacionados con la ley, si pueden enarbolar el valor de la justicia.

Ahora bien, señor Panza, debo advertirle que esta discrecionalidad no es una potestad absoluta y descontrolada, como lo quieren hacer creer los realistas, sino en todo caso, una función intersticial que le impone el deber de fallar conforme al Derecho preexistente, y, adicionalmente, el deber de hacerlo de forma justificada. Sólo me resta aconsejarle que en su tarea como juez procure enaltecer las virtudes de la imparcialidad y la neutralidad al examinar las alternativas; asimismo tenga en consideración los intereses de todos los afectados; y, por último, preocúpese por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de su decisión. Habiendo conocido su bondad como escudero del Señor Don Quijote de la Mancha, y la dignidad con la que hasta ahora ha desempeñado

su cargo como gobernador de la Ínsula de Barataria, estoy seguro que su decisión sobre este caso será el producto razonado de una elección imparcial bien informada y que logrará hacer justicia en medio de los intereses en conflicto.

A esta altura de su frenesí, Sancho estaba dudando si en realidad había invocado a Dios, que no al mismo Mefistófeles, cuando de repente se anunció ante él el cuarto filósofo, quién se hizo llamar Dworkin *El Interpretativista*:

--Señor Sancho Panza. Me siento muy honrado de haber sido invitado a continuar esta novela en cadena, que al igual que la del curioso impertinente o la historia del cautivo, estoy seguro se sumará a las novelas ejemplares de honestísimo entretenimiento. Sé que mis predecesores, han tenido la pretensión de contar la misma historia inspirados en propósitos diferentes. Pues bien, mi tarea señor Sancho, es continuar encadenando el hilo de este discurso desde mi mejor perspectiva.

Mi propuesta es optar por una teoría que concibe al Derecho como una práctica social específica, que tiene como rasgo distintivo su carácter interpretativo. Desde mi punto de vista, el Derecho es una forma de justificación de la coerción estatal en términos de la preservación de derechos individuales, que han sido reconocidos por decisiones institucionales del pasado con la finalidad de controlar el poder del Estado. Por esta razón señor Sancho, la interpretación que un juez realiza en la práctica jurídica, debe sujetarse a la voluntad de las instituciones elegidas democráticamente, pues de lo contrario, no sólo desbordaría la órbita de su poder, sino que pondría en riesgo la seguridad jurídica, ya que impediría a los ciudadanos conocer con anticipación cuáles son las exigencias del Derecho.

Entiendo que hay casos, como el que en esta ocasión le ha tocado resolver, cuya literalidad del texto normativo no ofrece una respuesta clara o evidente. Aquí le es permitido ejercer un tipo de discrecionalidad que sólo debe ser débil, es decir, que únicamente ha de reducirse al juicio y discernimiento para identificar la única respuesta correcta. Me ha escuchado bien señor Sancho: ¡Hay respuestas

correctas en Derecho! Por lo tanto, esté usted tranquilo de que el caso que le ha planteado el forastero, por más elevado que sea el grado de dificultad en su hallazgo, comporta una única respuesta correcta. Supongo que la pregunta que le surgirá enseguida será ¿cómo identificar esta única respuesta correcta? Para ello, debe hacer usted las veces del juez Hércules, quién a partir de una interpretación constructiva, es capaz de encontrar un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. Es el juez Hércules el único intérprete que posee la virtud de la integridad, dando justicia a los particulares de manera consistente con los principios de la moralidad política plasmados en las instituciones de la comunidad.

En este sentido, la única respuesta correcta será aquella que permite la máxima realización de estos principios que justifican la práctica jurídica, tales como la equidad, la justicia y el debido proceso. Señor Sancho, todo lo que he querido decirle hasta ahora, en términos más simples, es que para emitir una providencia justa sobre este asunto, usted deberá encontrar la única respuesta correcta a partir de razonamientos morales. Dado que hasta ahora ha demostrado ser muy agudo en estos menesteres, estoy seguro, sabrá imitar bien las excelsas condiciones del juez Hércules.

Y así terminó la intervención del último de los cuatro filósofos, que no llevo a Sancho sino a confirmar que no pudo ser Dios quien vino auxiliarlo, pues en vez de clarividentes todos estos discursos eran puras galimatías. Semejante revoltijo de ideas disparatadas, no podría ser obra sino de algún sabio nigromante, y aquellos filósofos, no debían ser más que una caterva de encantadores de los que solían perseguir a su amo don Quijote.

Fue entonces cuando Sancho, al darse cuenta que había sido presa de semejante encantamiento, súbitamente despertó de su quimera, y esto fue lo que dijo al forastero:

“—A mi parecer, este negocio en dos paletas le declararé yo, y es así: el tal hombre jura que va a morir en la horca, y si muere en ella, juró verdad y por la ley

puesta merece ser libre y que pase la puente; y si no le ahorcan, juró mentira y por la misma ley merece que le ahorquen.

—Así es como el señor gobernador dice —dijo el mensajero—, y cuanto a la entereza y entendimiento del caso, no hay más que pedir ni que dudar.

—Digo yo, pues, agora —replicó Sancho— que deste hombre aquella parte que juró verdad la dejen pasar, y la que dijo mentira la ahorquen, y desta manera se cumplirá al pie de la letra la condición del pasaje.

—Pues, señor gobernador —replicó el preguntador—, será necesario que el tal hombre se divida en partes, en mentirosa y verdadera; y si se divide, por fuerza ha de morir, y así no se consigue cosa alguna de lo que la ley pide, y es de necesidad espresa que se cumpla con ella.

—Venid acá, señor buen hombre —respondió Sancho—: este pasajero que decís, o yo soy un porro o él tiene la misma razón para morir que para vivir y pasar la puente, porque si la verdad le salva, la mentira le condena igualmente; y siendo esto así, como lo es, soy de parecer que digáis a esos señores que a mí os enviaron que, pues están en un fil las razones de condenarle o asolverle, que le dejen pasar libremente, pues siempre es alabado más el hacer bien que mal. Y esto lo diera firmado de mi nombre si supiera firmar, y yo en este caso no he hablado de mí, sino que se me vino a la memoria un precepto, entre otros muchos que me dio mi amo don Quijote la noche antes que viniese a ser gobernador desta ínsula, que fue que cuando la justicia estuviese en duda me decantase y acogiese a la misericordia, y ha querido Dios que agora se me acordase, por venir en este caso como de molde.”

Introducción

En las últimas décadas, el estudio del razonamiento judicial se ha interesado en el problema de la discrecionalidad judicial y sus límites. En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha reiterado que en el marco de un Estado Social de Derecho, la administración de justicia es una función pública de fundamental importancia en la realización de los principios y valores de la Carta Política, con lo cual justifica que debe concederse un amplio margen de autonomía interpretativa a los jueces. Sin embargo, en aras de garantizar una justicia seria, efectiva y eficaz, el tribunal constitucional ha establecido ciertos criterios de validez de las decisiones judiciales, que constituyen límites al ejercicio discrecional de los jueces, con el fin de evitar que su actuación pueda resultar arbitraria.

Teniendo en cuenta que el desarrollo jurisprudencial de la Corte en materia de autonomía interpretativa y discrecionalidad judicial, ha tenido una notoria influencia del pensamiento jurídico contemporáneo, se plantea la necesidad de revisar el estado de la cuestión sobre algunos de los paradigmas de decisión judicial que participan en el debate actual. El objetivo de esta exploración teórica, es reunir los elementos teórico-conceptuales para alcanzar un análisis más profundo de la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano en materia de autonomía interpretativa en la decisión judicial. Así mismo, esta revisión documental servirá de insumo para comprender, con mayor rigor, cuál es el paradigma de decisión judicial al cual se acoge la Corte al momento de justificar la actividad discrecional de los jueces.

De esta manera, en el capítulo primero expondremos como la idea de discrecionalidad judicial ha sido determinante para establecer rasgos propios entre las distintas teorías jurídicas contemporáneas. Estas teorías emergen como paradigmas alternativos que se oponen a la rigidez que caracteriza el formalismo jurídico, que reduce el papel del juez a la implementación de lo dispuesto por el legislador. Así, examinaremos los principales postulados de la tradición formalista

y cómo a partir de las críticas a este paradigma clásico de decisión judicial, surgen nuevas corrientes que admiten la discrecionalidad.

Entre estos paradigmas, sobresale el realismo jurídico afirmando que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos, razón por la cual lo único relevante en la comprensión de la naturaleza del Derecho es lo que hacen los tribunales, y la posibilidad de predecirlo. De igual forma, se destacan el modelo de discrecionalidad fuerte de H.L.A. Hart, para quien el ejercicio de la discreción judicial está justificado por la presencia de casos difíciles, caracterizados por la existencia de varios cursos de acción jurídicamente correctos o la inexistencia de éstos, de lo cual se colige la imposibilidad de la única respuesta correcta; y, el modelo de discrecionalidad débil propuesto por Ronald Dworkin, para quien la actividad discrecional de los jueces sólo debe reducirse al juicio y discernimiento del intérprete para identificar la única respuesta correcta, cuando la literalidad del texto jurídico no ofrece una respuesta clara o evidente.

Una vez establecido este marco teórico, en el capítulo segundo determinaremos cuál es el sentido y el alcance que la Corte Constitucional de Colombia le ha dado al principio de autonomía funcional del juez. Teniendo en cuenta que según la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, estudiaremos cuáles son las implicaciones que ello conlleva en la tarea de administrar justicia, y en qué medida ello define el nivel de autonomía interpretativa que se otorga a los jueces en el alcance de los fines del Estado. Lo anterior nos obliga a esclarecer cuál es la relación que guarda el principio de autonomía judicial con otros principios constitucionales, para mostrar como la autonomía judicial en Colombia, aunque esté rodeada de especiales garantías no es un principio absoluto. Para cerrar este capítulo, analizaremos cuál es el alcance del poder discrecional de los jueces en Colombia, destacando los puntos de afinidad teórica con el modelo de discrecionalidad de Hart.

En el capítulo tercero abordaremos el estudio de la arbitrariedad judicial. Para ello, examinaremos la idea de razonabilidad en las decisiones judiciales, y cómo a

falta de esta se configura la arbitrariedad. A partir de ello, plantearemos la distinción entre arbitrariedad y capricho judicial, en donde este último sería un caso especial de la primera. Tanto la arbitrariedad como el capricho judicial pueden obedecer a cuestiones formales como materiales, lo cual nos permite distinguir entre arbitrariedad formal y material, y, a su vez, entre capricho formal y material, bajo causales específicas en cada caso. Con relación a la arbitrariedad formal, nos referiremos a aquellos casos en que el intérprete da prevalencia a las disposiciones de carácter formal desconociendo el derecho sustancial. Para terminar este capítulo, analizaremos cuando se configura la arbitrariedad material, haciendo énfasis en los problemas de interpretación que subyacen de la aplicación del principio de interpretación conforme, señalando cuál es el camino que ha de seguir el intérprete para que su actuación no se entienda arbitraria.

En el capítulo cuarto, nos ocuparemos del análisis del capricho judicial en sentido formal y material. El primero tiene lugar cuando el intérprete deliberadamente impone su propio arbitrio sobre las formas propias de cada juicio. El segundo, se configura por ausencia de razonabilidad en la justificación de la decisión judicial, la cual puede obedecer a problemas tanto en la fundamentación como de motivación. La fundamentación, hace referencia al deber del juez de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta. La motivación, consiste en dar razones suficientes para justificar porque se optó por dicha elección interpretativa y no por otra. Ello obliga al intérprete a guardar coherencia interna y externa. La primera, entre la parte motiva y resolutive de la providencia, así como también, con relación al propio precedente jurisprudencial. La segunda, obliga al intérprete a guardar coherencia con el precedente jurisprudencial vertical y horizontal.

Finalmente, en el capítulo quinto se efectuarán algunas apreciaciones generales sobre la arbitrariedad judicial en México, en lo relacionado específicamente con el desconocimiento de la supremacía normativa de la Constitución, la ausencia de fundamentación y la motivación irrazonable. Esta última incluye el análisis de la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial como

criterio de coherencia externa de la decisión judicial. Este capítulo es una aproximación general que sólo pretende dejar planteadas rutas de investigación en la materia.

Por último, ha de señalarse que en lo que respecta al análisis jurisprudencial, se siguieron los lineamientos metodológicos propuestos por el doctor Diego López Medina, en el estudio del precedente judicial para la elaboración de líneas jurisprudenciales. Este proceso de análisis jurisprudencial, se apoyó en el uso de las herramientas que ofrece el programa *Atlas tí*, con lo cual se logró efectuar un análisis más exhaustivo y riguroso de las sentencias seleccionadas, así como también, un proceso de codificación y categorización que permitió sistematizar adecuadamente el corpus jurisprudencial de la investigación.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1 Discrecionalidad y paradigmas de decisión judicial

En la comprensión de la naturaleza del Derecho, la idea de discrecionalidad judicial ha sido determinante para establecer rasgos propios entre las distintas teorías jurídicas. Ello significa que los diferentes sentidos en que se utiliza el término *discreción*, se corresponden con una determinada concepción acerca del Derecho, y, en esa medida, el grado de autonomía que se concede a los jueces para ejercer dicha discrecionalidad, es mayor o menor según el paradigma de decisión judicial de que se trate. A este respecto, Isabel Lifante afirma:

Uno de los rasgos fundamentales que se toman en cuenta para caracterizar y clasificar a las distintas teorías del Derecho es precisamente su postura respecto al problema de si existe o no discrecionalidad judicial. Tendríamos teorías radicales, como las de los realistas, para las que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos (siendo ellos los verdaderos creadores del Derecho); posiciones moderadas, como la de Hart, según las cuales los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos: los “difíciles”; y posiciones absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de discrecionalidad en ningún –o prácticamente en ningún- caso, cuyo ejemplo más prototípico sería la teoría de Dworkin con su tesis de la única respuesta correcta.¹

¹ LIFANTE, Isabel. “Dos conceptos de Discrecionalidad”, en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 25, 2002, 415.

Ahora bien, puesto que estos paradigmas de decisión judicial reconocen en mayor o menor grado, la necesidad del ejercicio discrecional de los jueces; surgen como paradigmas emergentes que se oponen al modelo formalista, según el cual el Derecho es un sistema completo, y, por tanto, no hay ni debe haber lugar a la discrecionalidad judicial. En esta oposición, el realismo jurídico se ubica como una postura extrema, que bajo la idea de que el sistema jurídico es incompleto, reconoce un amplio margen de autonomía y discrecionalidad a los jueces. César Rodríguez caracteriza estas dos tendencias opuestas del pensamiento jurídico, en el siguiente sentido:

Dos teorías jurídicas radicales y opuestas se han disputado a lo largo de este siglo la preeminencia en la explicación del razonamiento judicial. De un lado, el formalismo sostiene que la división entre casos fáciles y casos difíciles es artificiosa; los jueces, en todas las circunstancias, deciden de acuerdo con el derecho. Para los formalistas, el derecho prevé una solución para cada caso que se obtiene mediante un silogismo. De otro lado, el realismo jurídico, defiende una posición escéptica frente a las normas jurídicas. De acuerdo con esta teoría, las normas juegan sólo un papel marginal en las decisiones judiciales –son sólo predicciones de lo que éstas pueden llegar a ser-; es la voluntad de los jueces, no las normas la que se impone en las sentencias.”²

Así, el formalismo jurídico simplifica el razonamiento judicial a una cuestión de inferencia lógica, que consiste en la aplicación de normas jurídicas a supuestos fácticos dados, reduciendo el papel del juez a mero instrumento de la voluntad legislativa. Ello supone que el sistema jurídico es completo e integrado por normas generales de carácter condicional, cuyos contenidos especifican ciertas circunstancias a las que se asocian determinadas consecuencias normativas. En

² RODRÍGUEZ, César, *La Decisión Judicial: El debate Hart- Dworkin*, 4ª reimpresión, Bogotá, Siglo Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2002, 69.

otras palabras, este modelo de aplicación jurídica adopta la forma de un argumento *modus ponens*.³ Es en este sentido que Manuel Atienza afirma que el modelo de aplicación formalista no necesita una teoría de la argumentación jurídica, ya que el trabajo de justificación de las decisiones judiciales se ve reducido a un ejercicio estrictamente deductivo.⁴ De este modo, desde la concepción formalista los jueces no crean derecho, se limitan a aplicarlo, de manera que no puede haber lugar a la discrecionalidad judicial. En este sentido, Isabel Lifante sostiene:

“Dentro del paradigma formalista, la discrecionalidad se encuentra restringida a determinados actos de la Administración. El poder legislativo y el poder judicial desempeñan unos roles muy definidos y excluyentes entre sí: el poder legislativo crea el Derecho, y el judicial se limita a aplicarlo. Desde esta perspectiva, respecto a los actos del legislador no cabría hablar de discrecionalidad porque se trata de un órgano “soberano” y que gozaría, por tanto, de una completa libertad

³ Ricardo Caracciolo lo describe en el siguiente sentido: “De ello se sigue un típico modelo de aplicación o, lo que es lo mismo, de derivación de soluciones, que adopta la forma de un *modus ponens*: una vez que el juez elige N como premisa, la consecuencia normativa- es decir, la solución al litigio- tiene que seguirse lógicamente de la descripción de S. Para ello es preciso que el lenguaje de esa descripción muestre que S está incluido en la clase general; que efectivamente constituye un “caso individual” del “caso genérico” previsto en el contenido de N. CARACCIOLO, Ricardo. “*Paradigmas de Decisión Judicial*”, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2011, 2.

⁴ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona, Ed. Ariel, 2006, 27. Ahora bien, en un apartado posterior de la misma obra, Atienza llama la atención en que las críticas al formalismo jurídico, de ninguna manera implican que la argumentación jurídica prescinda o deba prescindir de la lógica formal, sino que dicha simplificación hace reductivo y estático al razonamiento judicial, al punto de que su rigidez cierra el espacio para la argumentación.

(...) Mientras que respecto a los actos de los órganos jurisdiccionales la situación sería completamente la opuesta. La actividad judicial se limita, para esta concepción, a reproducir lo contenido en la ley (el juez sería la boca de la ley), y lo que faltaría aquí para hablar de discrecionalidad sería precisamente cualquier margen de libertad.”⁵

Como una respuesta a la rigidez que caracteriza el formalismo jurídico, emergen paradigmas alternativos que sostienen que las decisiones judiciales son o deben ser discrecionales, en mayor o menor medida. Caracciolo plantea cinco paradigmas de discrecionalidad judicial opuestos a este modelo clásico de decisión judicial.⁶ El paradigma discrecional D1, hace alusión al *realismo jurídico*, el cual, como ya se indicó, plantea una postura radicalmente opuesta al modelo de aplicación formalista.⁷ De esta manera, mientras el formalismo jurídico reduce el papel del juez a la implementación de lo dispuesto por el legislador, el realismo jurídico sitúa su interés en el análisis de los procesos de decisión judicial y su relación con la producción normativa. Según este paradigma, los jueces poseen la capacidad empírica de elegir entre alternativas excluyentes, bajo sus propios

⁵ *Op. cit.* nota 1, 414.

⁶ *Op. cit.* nota 3.

⁷ Marisa Iglesias, destaca el papel que jugó el realismo jurídico en el rechazo al formalismo, y en el planteamiento de nuevos tópicos para la reflexión de la teoría jurídica contemporánea: “El ideal de completud y la visión formalista de los jueces como meros instrumentos de voluntad legislativa recibieron un fuerte embate desde corrientes como la del realismo jurídico norteamericano. A pesar de que el realismo más extremo, que presentó la teoría jurídica como una teoría psicologista de la adjudicación de normas, no tuvo una influencia duradera, despertó el interés por el análisis de los procesos de decisión judicial y su relación con la producción normativa. Es en este marco donde, en la década de los setenta, surge un importante debate centrado en el problema de la adjudicación de normas con dos focos principales de controversia; por una parte, la necesidad técnica de discreción judicial en la aplicación del Derecho y, por otra, la justificación de las decisiones discrecionales.” IGLESIAS VILA, Marisa. *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1999, 21.

criterios de evaluación o de acuerdo a su escala personal de preferencias, en contra o al margen del derecho objetivo. Por esta razón, para el realismo jurídico, lo único relevante en la comprensión de la naturaleza del derecho es lo que hacen los tribunales, y la posibilidad de predecirlo⁸. De este modo, el realismo jurídico se opone a un tipo de aplicación jurídica en donde las decisiones judiciales que se pronuncian sobre casos particulares, han de estar justificadas única y exclusivamente por las normas jurídicas preexistentes. Asimismo, cuestiona el hecho de que se definan interpretaciones particulares de las normas jurídicas en premisas fijas, para luego ser usadas en todos los demás casos de aplicación.

Siguiendo la caracterización propuesta por Caracciolo, bajo el modelo de discrecionalidad D2, las respuestas jurídicamente correctas se encuentran predeterminadas por el derecho objetivo previamente existente. Por su parte, el modelo de discrecionalidad D3 combina elementos tanto del modelo D1 como del D2, ya que por un lado, propone que los jueces puedan actuar según sus propios criterios de evaluación en la definición del contenido de sus sentencias, caso por caso y sin restricción alguna, pero amparado en ciertas normas que le conceden competencia para obrar discrecionalmente.⁹ Los modelos D4 y D5, corresponden a la distinción hecha por Dworkin entre modelo fuerte y modelo débil de

⁸ Así, mientras para los formalistas la propiedad determinante de las reglas es la validez meramente formal, para los realistas la condición de validez de las normas jurídicas es su eficacia o vigencia real. Esta propiedad está por encima incluso del contenido moral de la normas, con lo cual los realistas se apartan de concepciones que plantean una vinculación necesaria entre el derecho y la moral, como la de R. Dworkin. Sobre este particular, vale recordar la frase del juez Oliver Wendell Holmes: “Las predicciones acerca de lo que de hecho harán los tribunales es lo que entiendo por derecho, y nada más pretencioso”.

⁹ *Op. cit.* nota 3.

discrecionalidad judicial¹⁰, los cuales, dada su relevancia, desarrollaremos más ampliamente a continuación.

1.2. El modelo de discrecionalidad fuerte

De lo dicho anteriormente, se concluye que mientras el formalismo jurídico niega en forma absoluta la discrecionalidad judicial, el realismo jurídico reconoce un amplio margen de discrecionalidad a los jueces. Como una posición moderada entre el formalismo y el realismo, se postula el modelo de discrecionalidad fuerte¹¹ propuesto por H.A.L. Hart, para quien ninguno de estos dos paradigmas de decisión judicial es correcto. Con relación al formalismo jurídico, Hart plantea que no es posible, al menos en todos los casos, aplicar el Derecho de forma mecánica mediante un razonamiento silogístico, puesto que la práctica judicial plantea a los jueces, casos de difícil solución que admiten diversas interpretaciones, y que, por lo mismo, requieren un razonamiento judicial que supere los postulados de la lógica formal. No obstante, Hart admite que en algunos casos la labor del juez consiste en la mera aplicación de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro, éstos son los casos paradigmáticos o aquellos sobre los cuales no existe duda acerca de cómo aplicar el Derecho. Al respecto, señala:

Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser

¹⁰ Para Marisa Iglesias, el núcleo de la distinción entre discrecionalidad débil y discrecionalidad fuerte forma parte del núcleo de la controversia que mantienen las distintas teorías de la adjudicación judicial respecto al conocimiento jurídico y sus límites. *Op. cit.* nota 7.

¹¹ Como ya se señaló antes, Dworkin es el primero en hacer esta distinción entre discrecionalidad débil y fuerte. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, 84.

“automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.¹²

Es propio de la concepción formalista, considerar que todos los casos son paradigmáticos, ya que, como se ha señalado antes, bajo esta concepción, no existen problemas de interpretación, dado que todo está resuelto de una manera única y precisa desde el sistema jurídico, de manera que al juez sólo le resta realizar un ejercicio deductivo del tipo *modus ponens*. Para Hart, este ejercicio es claramente simple en los casos de fácil solución, pero en la mayoría de los casos, ni las leyes, ni los precedentes en los que están contenidas las reglas, permiten un único resultado.

En este sentido, Hart reconoce que en todo sistema jurídico hay un importante ejercicio de la discreción por parte de los tribunales, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o precisando el sentido de reglas que han sido expresadas en forma muy general. De esta manera, cuando el juez se encuentra frente a casos difíciles, el razonamiento judicial se hace más complejo, dando cabida a la discrecionalidad. Ahora bien, en la medida en que dicha discrecionalidad, implica para el juez optar entre posiciones alternativas, esta consiste en un ejercicio de elección racional. En palabras de Hart:

En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que “expresa” un precedente. Únicamente la tradición (*formalista*) de que los jueces “hallan” y no “crean” el derecho oculta esto y presenta sus fallos como si

¹² HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 2ª. Ed., Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, 158. En este sentido, no hay lugar a la discreción fuerte cuando el derecho prevé una solución precisa y unívoca para un determinado supuesto, es decir, en los casos fáciles, en donde la justificación de la decisión puede ser alcanzada mediante una simple deducción de reglas claramente establecidas.

fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez. (Paréntesis y subrayado fuera de texto).¹³

Y más adelante agrega:

Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta (...) El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. (Subrayado fuera de texto)¹⁴

De lo anterior se deducen dos conclusiones importantes, que señalan rasgos propios del modelo fuerte de discrecionalidad judicial: en primer lugar, puesto que cuando un juez se enfrenta a un caso difícil, siempre habrá lugar a la elección racional entre varias alternativas de acción igualmente válidas, resulta imposible que exista una única respuesta correcta.¹⁵ En segundo lugar, y en consonancia con lo anterior, la discrecionalidad judicial está directamente relacionada con los

¹³ *Ibídem*, 15.

¹⁴ *Ibídem*, 158.

¹⁵ BARAK Aharon, distingue entre casos fáciles, intermedios y difíciles. Los casos fáciles son aquellos en los que el significado de las formulaciones normativas es claro, y, por tanto, la identificación de la respuesta correcta es simple. En los casos intermedios, la identificación de la única respuesta correcta requiere de un proceso elaborado y consciente de interpretación, dado que existen varias alternativas aparentemente adecuadas, pero un análisis juicioso permite establecer que una de ellas es la respuesta correcta. Finalmente, los casos difíciles son aquellos en los que existen varios cursos de acción jurídicamente correctos o no existe ninguno, y ni siquiera un proceso elaborado de interpretación permite alcanzar una respuesta correcta, con lo cual queda justificado un acto autónomo de elección entre alternativas, es decir, el ejercicio de la discrecionalidad. BARAK, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989, 36 – 41.

problemas de indeterminación lingüística de los enunciados en que son formuladas las normas jurídicas.

Este último aspecto cobra especial relevancia en la teoría de Hart, razón por la cual le han dado en llamar teoría semántica de la interpretación. Para Hart, las reglas jurídicas poseen un núcleo central de significado indiscutido, es decir, ajeno al debate, puesto que su interpretación es única y no admite duda alguna. No obstante, además de este halo de claridad, las reglas también poseen una zona de penumbra que hace difusa la interpretación, y que coloca al juez en una situación de incertidumbre, en la medida en que está llamado a realizar una elección entre posiciones alternativas. En palabras de Hart:

Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla [...] Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.¹⁶ (Subrayado fuera de texto).

Es a partir de esta dualidad entre núcleo de certeza y zona de penumbra, que Hart introduce la noción de *textura abierta*. Esta noción es característica de todas las reglas (incluyendo la regla de reconocimiento), lo cual quiere decir que frente a cualquier regla es posible encontrarnos con casos paradigmáticos o de fácil solución, pero también con casos difíciles en donde resulta complejo definir la aplicabilidad de dicha regla. Ello obedece a la naturaleza de las reglas jurídicas, es decir, a la pretensión de regular situaciones particulares mediante disposiciones generales. Así lo expresa Hart, al señalar:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como

¹⁶ *Op.cit.*, nota 12, 15.

para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”, y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular.¹⁷

De esta manera, la textura abierta resulta ser una característica definitoria de todas las reglas jurídicas, dado que en cualquier caso que se pretenda regular situaciones fácticas particulares mediante criterios o pautas generales, subyacen problemas de indeterminación semántica o vaguedad que devienen del nivel de abstracción o generalidad del lenguaje en que dichas reglas se formulan. Sobre este tópico, es claro Hart al señalar:

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultaran ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar textura abierta.¹⁸

Ahora bien, Hart advierte que si la falta de certeza en la zona marginal o de penumbra, es el precio que hay que pagar por el uso de términos generales en enunciados relativos a cuestiones de hecho, entonces, la textura abierta supone a la vez una permanente actividad creadora por parte de los jueces. En este sentido, la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales.¹⁹

¹⁷ *Ibídem*, 152.

¹⁸ *Ibídem*, 159.

¹⁹ *Ibídem*, 168.

Este amplio margen de discrecionalidad concedida a los jueces, suscita una de las críticas más importantes al modelo Hartiano, la cual, tiene que ver con el carácter retroactivo de las decisiones discrecionales. Así, en la medida en que la creación judicial de nuevas normas determina derechos y deberes *ex post facto*, ello impide conocer con anticipación cuáles son las exigencias del Derecho, atentando contra el principio de legalidad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley. A este respecto, Hart advierte que no resulta deseable la posibilidad de elaborar reglas que establezcan anticipadamente una solución para cada problema. Antes bien, la necesidad de realizar una elección racional, es propia de nuestra condición humana, de manera que siempre que procuremos crear una norma que regule una esfera de conducta por medio de criterios generales, en forma no ambigua, previendo todos los posibles casos de aplicación y prescindiendo de recurrir a nuevas directivas oficiales, nos enfrentamos a dos obstáculos propios de nuestra condición humana: nuestra relativa ignorancia de los hechos y nuestra relativa indeterminación de propósitos. Con relación a nuestra ignorancia de los hechos, Hart sostiene que ningún legislador humano está en capacidad de anticipar todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. En este sentido el mundo de los formalistas, parece inverosímil:

Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección, nos es impuesta porque somos hombres y no dioses [...] Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los

problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica mecánica.²⁰

Adicionalmente, la incapacidad para contemplar todas las posibilidades fácticas que deberían quedar incluidas en la regulación, supone una relativa indeterminación de propósitos por parte del legislador. Para ilustrar dicha indeterminación, Hart plantea el ejemplo de la prohibición de que “*no pueden ingresar vehículos en el parque*”. En este caso, mientras no se estipule que el propósito del legislador ha sido preservar la paz en el parque, frente a la presencia de un caso no contemplado (como el hecho de que un niño quiera entrar su cochecito de juguete) el propósito seguirá siendo indeterminado. Para solucionar esta indeterminación, la única salida es admitir que al juez le corresponde realizar un ejercicio adicional de elección entre los intereses en conflicto, es decir, reconocer la libre discrecionalidad de los jueces en la creación de las decisiones judiciales. En este sentido, para Hart, resulta absurda la pretensión de asegurar el campo de certeza o predictibilidad en la creación de las normas. Para él, esta idea equivocada nos lleva a prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros cuya composición ignoramos, cometiendo errores que pueden resultar muy costosos. A este respecto, ha expresado Hart:

Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esta técnica nos forzará a incluir en el campo de aplicación de una regla, casos que deseáramos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que los términos de textura abierta de nuestro lenguaje nos habrían

²⁰ *Ibidem*, 160. Sobre este particular, Iglesias señala: “Evitar la textura abierta del lenguaje requeriría que cualquier caracterización tuviera en mente todas y cada una de sus posibilidades de aplicación pasadas, presentes y futuras, así como las reales y las hipotéticas” *Op. cit.*, nota 7, 40.

permitido excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida.²¹

No obstante, aunque con esta postura Hart tome una amplia distancia del formalismo; no por ello se acerca al concepto de derecho propuesto por el realismo jurídico. En efecto, aunque Hart admite que la existencia de casos difíciles confiere un mayor protagonismo al razonamiento judicial, abriendo el camino a la discrecionalidad; dicha concesión está circunscrita a ciertos límites que los realistas desconocen y que tienen que ver principalmente con la existencia de reglas generales y el papel central que éstas juegan en la estructura de un sistema jurídico.

En: “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana” Hart destaca tanto las bondades como los vicios del realismo jurídico norteamericano, a lo cual llama respectivamente el noble sueño y la pesadilla. Así, con relación al “*noble sueño*”, Hart resalta algunos de los méritos de los realistas menos extremos, no como propuesta teórica acerca de la naturaleza del Derecho y su aplicación, sino, específicamente, en reconocer que éstos llaman a la reflexión de los jueces en dos aspectos fundamentales:

- i) Los jueces deben sospechar siempre, -aunque finalmente *no* siempre la rechacen-, de cualquier pretensión de que las normas jurídicas existentes o los precedentes son requerimientos suficientemente fuertes y completos para determinar lo que la decisión de un tribunal debe ser sin otras consideraciones extrajurídicas.
- ii) Los jueces no deben buscar introducir silenciosamente “de contrabando”, sus propias concepciones de los fines de las normas jurídicas o de la justicia o de políticas sociales o de otros elementos

²¹ *Ibidem*, 162.

extrajurídicos requeridos para la decisión, sino que deben identificarlos y discutirlos abiertamente.²²

La pesadilla inicia cuando la visión de los realistas con relación al proceso judicial, puede degenerar en un acto legalmente incontrolado de creación del derecho²³. En efecto, para algunos realistas norteamericanos la aplicación es esencialmente una forma de crear derecho, nunca una cuestión de declaración del derecho existente, lo cual sustentan en la indeterminación de las normas jurídicas como un rasgo definitorio de las mismas. Ciertamente, como se anotó anteriormente, buena parte de la teoría de adjudicación de Hart, está basada en la idea de la indeterminación semántica que padecen las normas jurídicas. Sin embargo, a diferencia de los realistas, para Hart, la creación del derecho que se deriva de dicha indeterminación no puede ser una potestad absoluta y descontrolada de los jueces, sino en todo caso, una función intersticial.²⁴ Esta función intersticial, impone a los jueces el deber de fallar conforme al Derecho preexistente y, adicionalmente, el deber de justificación de las decisiones judiciales.

²² HART, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño.” Editores: Pompeu Casanovas y Josep Moreso, en *“El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo”*, Barcelona, Crítica, Grupo Grijalbo Mondadori, 1994, 336.

²³ En esta conferencia, Hart cita las palabras del obispo Hoadly del siglo XVIII “Quién tiene una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley oral o escrita, este es realmente el legislador, para cualquier propósito o intención, y no aquél que la escribió o la dictó primero”.

²⁴ Incluso, Hart llama la atención en que la propuesta teórica del juez Holmes no era una filosofía de “a toda máquina y olvidemos los silogismos”, puesto que admitía que una vasta área del Derecho estaba suficientemente determinada, de manera que el papel del juez no era esencialmente la de un legislador.

Sobre este particular refiere Marisa Iglesias:

Lo expuesto hasta el momento permite afirmar que la posibilidad de elección que caracteriza a la discreción fuerte comporta una autonomía restringida, siempre parasitaria del deber de fallar de forma justificada. Por ello, este margen de elección no puede ser fácilmente concebido como una facultad, una permisión o un autorización que el derecho atribuye al juez. Se trata, más bien, de una concreción del deber o la obligación de fallar cuando el Derecho no prevé una solución unívoca.²⁵

En este sentido, aun cuando una disposición particular del Derecho positivo es indeterminada, hay un Derecho existente que los jueces pueden y deben aplicar al resolver los casos. Para Hart, existe una expectativa legítima por parte de los litigantes a recibir una aplicación del Derecho existente a sus disputas, no nuevas leyes hechas por ellos. 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 u otros precedentes disponibles, parezca no ofrecer una guía determinada.

Si bien, para Hart, en todo sistema jurídico existe un amplio campo abierto al ejercicio de la discrecionalidad por parte de los tribunales; este argumento no cuestiona en modo alguno el papel central de las reglas en la estructura de un sistema jurídico. Por el contrario, Hart considera que este escepticismo ante las reglas que caracteriza a los realistas y que reduce al Derecho a las decisiones de los tribunales y a la predicción de las mismas, es a todas luces incoherente. Para él, esta posición desconoce el contexto que rodea la decisión judicial, puesto que en la mayoría de los casos, éstas son producto del esfuerzo de los jueces de ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de las mismas.

²⁵ *Op. cit.* nota 7, 35.

En este sentido, Hart señala:

Pero es evidente, sin duda, que la mayoría de ellas (*de las decisiones judiciales*)...son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida.²⁶

En síntesis, si bien es cierto que dada la textura abierta que caracteriza todas las normas jurídicas, los jueces están llamados a realizar un trabajo de creación jurídica; de la misma manera, todas las normas jurídicas poseen un núcleo de significado establecido, del cual el juez no es libre de apartarse. Dicho núcleo, permite determinar pautas o criterios de decisión judicial correcta, circunscribiendo, aunque no anulando la actividad creadora de los jueces.

1.3 El modelo de discrecionalidad débil

Como se anotó anteriormente, bajo el paradigma hartiano de decisión judicial, el ejercicio de la discreción fuerte está justificado por la presencia de casos difíciles, caracterizados por la existencia de varios cursos de acción jurídicamente correctos o la inexistencia de éstos, de lo cual se colige la imposibilidad de la única respuesta correcta.²⁷ Esta idea es rechazada por la

²⁶ *Op. cit.*, nota 12, 175.

²⁷ Entre otros argumentos a favor de la discrecionalidad judicial, Iglesias destaca los siguientes: "Unas veces estos argumentos se han dirigido a mostrar como la discreción judicial es un mecanismo adecuado para reconocer derechos individuales implícitos. Otras, a constatar su utilidad para obtener resultados justos en los casos concretos, o también, para evitar la rigidez del Derecho y su incapacidad de adaptación inmediata a los cambios sociales dentro de una comunidad." IGLESIAS, *op. cit.*, nota 7,23.

teoría de Ronald Dworkin, para quien la discrecionalidad judicial carece de justificación tanto desde el punto de vista político – institucional como desde el punto de vista jurídico. Así, a nivel político-institucional, los jueces sólo están legitimados para tomar decisiones que supongan una implementación de la voluntad de las instituciones elegidas democráticamente; de manera que si un juez ejerce discrecionalidad, ello atentaría contra el principio de la separación de poderes. En otras palabras, para Dworkin, la discrecionalidad judicial conlleva el problema de la legitimidad democrática.²⁸

Asimismo, Dworkin plantea que la discrecionalidad judicial, pone en riesgo la seguridad jurídica, debido al carácter retroactivo de este tipo de decisiones. Ello, por cuanto la creación judicial de nuevas normas determina derechos y deberes *ex post facto*, lo cual impide conocer con anticipación cuáles son las exigencias del derecho, atentando contra el principio de legalidad.²⁹ Es por esta razón que para Dworkin la actividad discrecional de los jueces sólo debe ser débil, es decir, únicamente ha de reducirse al juicio y discernimiento del intérprete para identificar

²⁸ Con relación a esta crítica Hart sostiene en su Poscriptum: “El que a los jueces les sean confiadas facultades legislativas para solucionar los conflictos cuya regulación no está prevista en el Derecho, puede ser considerado como un precio que hay que pagar para evitar la inconveniencia de recurrir a métodos alternativos de regularlos, tales como referirlos a la legislatura; y tal precio puede considerarse menor si los jueces se ven restringidos en el ejercicio de estas facultades y no pueden diseñar códigos ni amplias reformas, sino únicamente reglas para solucionar los problemas específicos que surgen de casos particulares.” HART, H.L.A., “*Postscriptum*”, en “La decisión judicial: El debate Hart - Dworkin. Estudio Preliminar Cesar Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, 139.

²⁹ Como se analizó en el acápite anterior, frente a esta crítica, Hart responde que esta objeción no parece pertinente en los casos difíciles puesto que se trata de casos en los que el Derecho ha regulado de manera incompleta y en los que no hay un conocimiento del Derecho claramente establecido que justifique expectativas.

la única respuesta correcta, cuando la literalidad del texto jurídico no ofrece una respuesta clara o evidente. En palabras de Dworkin:

“A veces hablamos de “discreción” en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. Usamos este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, cuando la información básica con que cuenta nuestro auditorio no contiene esa información”.³⁰

En este sentido, la discreción débil ha de entenderse como la necesidad de juicio y discernimiento en la adjudicación de normas.³¹ Ahora bien, el rasgo distintivo de la discrecionalidad débil es que parte del supuesto de la presencia de una única solución correcta para cualquier problema jurídico. Aunque para Dworkin, una proposición jurídica es siempre verdadera o falsa, admite que el intérprete puede verse frente a dificultades para conocer cuál es la única respuesta correcta. Sin embargo, la existencia de dicha respuesta correcta es independiente del grado de dificultad en su identificación. Bajo este entendido, habrá lugar a la discrecionalidad débil cuando la necesidad de juicio y discernimiento para averiguar el curso de acción correcto, es más exigente para el intérprete. En otras palabras, el grado máximo de dificultad epistémica en el hallazgo de la única respuesta correcta, da lugar a la discrecionalidad débil; de modo que a menor grado de dificultad, no habría lugar a dicha discreción, puesto que dicha respuesta correcta se presenta de manera evidente al intérprete.

³⁰ *Op. cit.*, nota 11, 84.

³¹ Ha de considerarse que la idea de discrecionalidad débil no es unívoca, ya que suscita perspectivas diferentes. Marisa Iglesias distingue dos tipos de enfoques, cuya caracterización gira alrededor de la cuestión de si la existencia de la única respuesta correcta guarda conexión con las capacidades epistémicas de los intérpretes. El primero de ellos responde afirmativamente a dicha cuestión, el segundo, que es propiamente el modelo de discrecionalidad débil de Dworkin, la niega.

Pero ¿cómo identificar la presencia de la única respuesta correcta? Para Dworkin, una proposición jurídica será verdadera cuando es aquella que más se ajusta al conjunto de proposiciones que ofrecen la mejor interpretación del Derecho. Ello exige un complejo proceso interpretativo que requiere una actividad discrecional en sentido débil, porque es el producto de un proceso intelectual en el que el agente pone en relación el conjunto de proposiciones de su aparato teórico. Ahora bien, a la hora de determinar la verdad o falsedad de estas proposiciones, pueden surgir desacuerdos entre jueces y abogados de diferente naturaleza. Dworkin caracteriza este tipo de desacuerdos como empíricos y teóricos. Los primeros surgen cuando respecto de un caso se conocen cuáles son las condiciones de verdad de la proposición acerca del Derecho, pero existen dudas sobre si de hecho tales condiciones se satisfacen en la realidad. En otras palabras, existen dudas acerca de si las condiciones necesarias para la validez de ciertas normas jurídicas aplicables a determinado caso, han sido o no cumplimentadas.

En segundo lugar, pueden surgir desacuerdos de tipo teórico con relación a cuáles son las condiciones de verdad de la proposición sobre el derecho, es decir, qué fundamentos jurídicos deben servir de respaldo para dicho caso en concreto. Con relación a este tipo de desacuerdos, Dworkin se opone radicalmente a Hart; pues a su juicio, su teoría adolece de un defecto: el “aguijón semántico”, el cual consiste en considerar que la calificación de algo como derecho presupone necesariamente que se hayan respetado las reglas aceptadas por la comunidad que determinan el significado del derecho. Dworkin considera que el aguijón semántico impide ofrecer una explicación plausible acerca de los desacuerdos teóricos, ya que al emplear los mismos criterios para definir qué se considera como Derecho, éste resultaría incontrovertible, de manera que no habría lugar a ningún tipo de desacuerdo.

En otras palabras, para Dworkin es imposible ofrecer criterios semánticos que determinen, en todo caso, si algo debe ser considerado como Derecho o no.

Para superar este aguijón semántico, Dworkin propone optar por una teoría que concibe al Derecho como una práctica social específica, que tiene como rasgo distintivo su carácter interpretativo.³² Esta concepción del Derecho, plantea la distinción entre dos tipos de interpretación: la interpretación conversacional y la interpretación constructiva. La primera, está basada en el modelo de la intención comunicativa, en donde lo que se busca es desentrañar la intención del autor; la segunda, se ocupa esencialmente del propósito del intérprete. Para Dworkin, el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, la cual define en los siguientes términos:

La interpretación constructiva es la atribución de un “significado”, un “propósito” o, en general, de un valor a una práctica basada en normas, con el objeto de tornar inteligible la idea de las normas o las reglas que constituyen una razón para la acción.³³

Desde esta perspectiva, si la interpretación constructiva busca encontrar un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece; entonces, guarda una relación directa con la identificación de la única respuesta correcta. En otras palabras, el hallazgo de la única respuesta correcta, corresponde a un trabajo de interpretación constructiva.

Este trabajo interpretativo, supone el desarrollo de tres etapas a saber: preinterpretativa, interpretativa y postinterpretativa. En rasgos generales, en la etapa preinterpretativa se busca identificar el objeto interpretado (materiales jurídicos) y a qué género pertenece. En la etapa interpretativa se pretende averiguar cuál es el sentido de la práctica social, es decir, determinar cuáles son los valores y objetivos que se considera que la práctica persigue. Dicho sentido se

³² En este sentido, para Dworkin, la discreción débil consiste en la implementación de una teoría o concepción general acerca del Derecho.

³³ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1988, 62.

configura a través de los principios que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. En esta etapa se pretende realizar una adecuación³⁴ entre el sentido descubierto y los materiales previamente interpretados como jurídicos en la etapa preinterpretativa. Ello no implica adaptarse a todos los aspectos de la práctica, pero sí a los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando una práctica y no creando una nueva.

Finalmente, en la etapa postinterpretativa, o reformadora, se busca determinar el nivel de solidez de las distintas teorías que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos, con miras a elegir aquella que permita la máxima realización de los principios que se considera que justifican la práctica jurídica. Los criterios que sirven para llevar a cabo esta elección se basan en valores de naturaleza moral, lo cual significa, que el hallazgo de la única respuesta correcta obliga al intérprete a acudir a razonamientos morales. Bajo esta perspectiva, Dworkin adopta una visión holística e integradora del Derecho, según la cual, todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad conformada por el conjunto de principios que rodean cada interpretación. En este sentido, el ideal de integridad es el criterio descriptivo-justificatorio de la práctica jurídica, que permite identificar la decisión justificada para un caso concreto, es decir, la única respuesta correcta, desestimando otras interpretaciones que resultan incorrectas.³⁵

Desde esta perspectiva integradora del Derecho, Dworkin plantea algunos criterios de distinción entre reglas y principios. Así, en primer lugar, para Dworkin, las reglas son aplicables en la forma *todo o nada*, y, en este sentido, o la regla es

³⁴ Este concepto de adecuación es central en la teoría de Dworkin, opera como un “test” que deben pasar las distintas teorías que pretenden pasar esta etapa interpretativa.

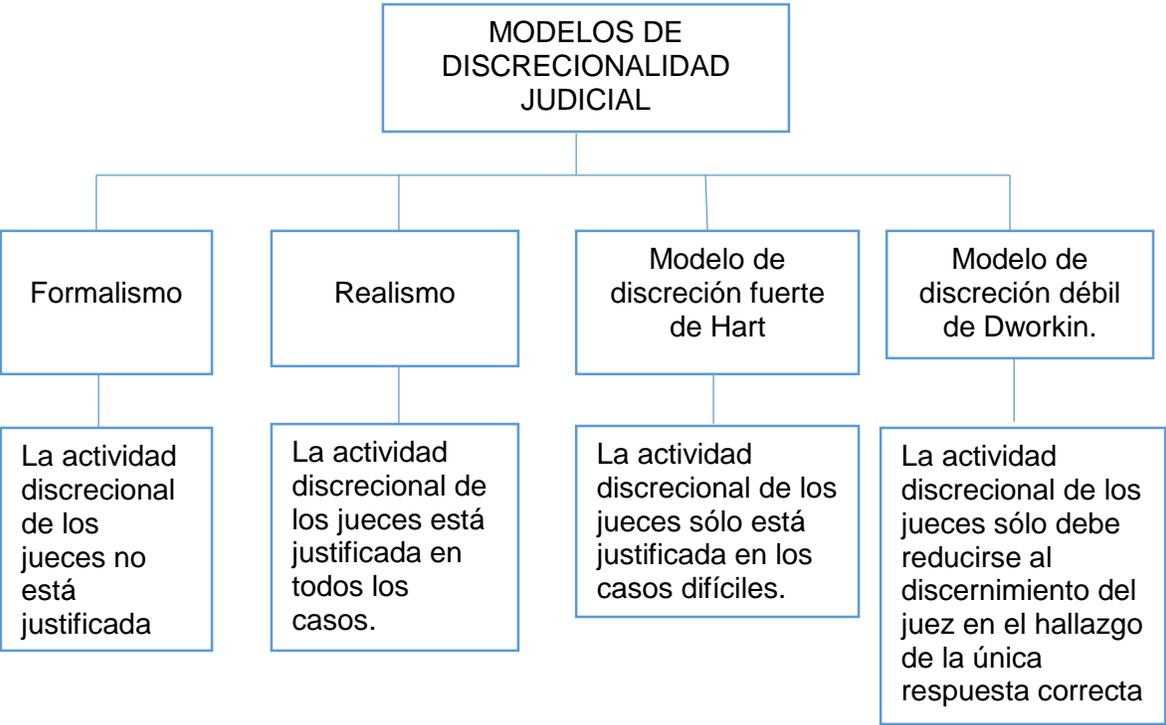
³⁵ Es el juez Hércules quién personifica la integridad que debe caracterizar al Derecho.

válida, y, en consecuencia deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y, por lo tanto, no es determinante en la decisión. En el caso de los principios, en cambio, éstos sólo proporcionan razones en favor de una u otra decisión, pero no necesariamente la determinan.³⁶ Por otra parte, los principios tienen una dimensión de peso que se manifiesta en colisiones entre éstos. Dicho peso es relativo al contexto de interpretación, el cual varía en cada caso. En las reglas, la metodología de las antinomias ofrece alternativas que invalidan una de las dos reglas. En este sentido, mientras en las reglas puede haber contradicción (antinomias), en los principios puede presentarse cierta tensión o colisión según el contexto interpretativo, pero nunca una contradicción.

En este capítulo, hemos identificado los principales rasgos de algunas concepciones jurídicas alrededor de la idea de la discrecionalidad judicial. Así, señalamos como el formalismo jurídico niega en forma absoluta la discrecionalidad judicial, y, a partir de ello, indicamos como en oposición a este paradigma, emerge el realismo jurídico reconociendo un amplio margen de discrecionalidad a los jueces. En estos dos extremos, situamos el paradigma de discrecionalidad fuerte de Hart, para quien la discrecionalidad judicial sólo debe tener lugar en los casos difíciles, y el paradigma de discrecionalidad débil de Dworkin, para quien la

³⁶ Robert Alexy coincide con Dworkin en que las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en este sentido, pueden ser sólo o cumplidas o incumplidas, mientras que los principios pueden ser observados en diferentes grados conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas que rodeen el caso. Por esta razón, para Alexy, los principios han de ser entendidos como *mandatos de optimización*. Ahora bien, a diferencia de Dworkin, Alexy niega la tesis de la única respuesta correcta, ya que a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no es posible establecer un orden que determine anticipadamente una respuesta correcta para cada problema jurídico en particular. Sin embargo, aunque no existan únicas respuestas correctas, debe ser una pretensión de los jueces ofrecer la respuesta más acertada para cada caso que le corresponda resolver. En este sentido, la tesis de la única respuesta correcta, opera como idea regulativa, esto es, como una exigencia de la razón práctica. ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Fontamara. México, 2010, 13.

discrecionalidad judicial se reduce al juicio y discernimiento del intérprete para identificar la respuesta correcta. En el siguiente capítulo analizaremos cuál es la postura de la Corte Constitucional de Colombia en lo que respecta al ejercicio discrecional de los jueces.



CAPÍTULO II

2. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN COLOMBIA

2.1 Discrecionalidad judicial y autonomía interpretativa

Un supuesto necesario para que se configure la discrecionalidad judicial, independientemente del paradigma de decisión judicial de que se trate, es que el intérprete cuente con cierto margen de autonomía para definir unilateralmente el resultado de su decisión. Así, en el caso del modelo de discrecionalidad débil, el juez ha de contar con cierto grado de autonomía que le permita identificar la única respuesta correcta. Por su parte, bajo el modelo fuerte de Hart, la discrecionalidad ha de ser entendida como un acto autónomo de elección racional entre diferentes cursos de acción jurídicamente correctos, o de creación de normas que pretenden dar solución a un caso difícil.³⁷

De otro lado, si bien los diferentes paradigmas de decisión judicial justifican en mayor o menor medida la actividad discrecional de los jueces, en lo que respecta al principio de autonomía interpretativa, este posee pleno respaldo institucional en la mayoría de los Estados constitucionales contemporáneos. En el caso colombiano, la tarea de administrar justicia juega un papel trascendental para agenciar los fines constitucionales del Estado Social de Derecho, y, en este sentido, los jueces gozan de pleno respaldo institucional para garantizar su autonomía en la toma de decisiones. Ello se vincula con la eficacia de otros

³⁷ En este sentido, la discrecionalidad judicial bajo el modelo fuerte es entendida como: i) autonomía para elegir entre diferentes cursos de acción igualmente válidos, o, ii) autonomía en la creación de nuevas normas jurídicas, cuando el sistema jurídico no ofrece alternativas de solución.

principios constitucionales que garantizan, pero, a su vez limitan la autonomía interpretativa de los jueces, y, con ello, su actividad discrecional.

2.1.1 Autonomía interpretativa y administración de justicia

En virtud del artículo primero superior, Colombia es un Estado Social de Derecho.³⁸ Ello tiene profundas implicaciones en la determinación del papel de los jueces en el logro de los fines constitucionales. Así, entre los postulados propios de un Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución Política de 1991, se destaca el principio constitucional según el cual, las autoridades de la República están instituidas para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como también asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Este principio, sirvió de sustento a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que en su artículo primero define a ésta como la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional; lo cual reitera en su artículo noveno al señalar que es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.³⁹

³⁸ El artículo primero de la Constitución Política de Colombia, establece: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

³⁹ Artículo 1º y 9º de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, declarado exequible mediante sentencia C-037/1996 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa de la Corte Constitucional, por ser concordante con los valores y principios constitucionales consagrados en el preámbulo de la carta política, así como también con

El primer elemento que debe destacarse de esta definición, es la idea de función pública. Esta noción indica que los jueces tienen una labor que les ha sido encargada por la Constitución y la ley, y que dicha función está dirigida a los ciudadanos del territorio nacional, en la realización efectiva de sus derechos, deberes y garantías constitucionales y legales. A ello debe agregarse, que un Estado Social de Derecho como el colombiano, exige un rol más activo y dinámico por parte de los jueces:

En lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver. Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado Social de Derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección.⁴⁰ (Subrayado fuera de texto).

Este mayor dinamismo en la actividad judicial, ha sido un requerimiento permanente de la Corte, planteado en un consistente precedente jurisprudencial que no sólo guarda coherencia con los postulados constitucionales del Estado Social de Derecho, sino también con la evolución del pensamiento jurídico contemporáneo. Así, resulta claro que al reclamar una administración de justicia

el artículo primero referido a los fines del Estado y con el artículo 228 referido a la autonomía e independencia de la rama judicial.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Ibíd.*

activa y dinámica, la Corte se aparta del paradigma clásico de decisión judicial basado en la lógica formal, que coloca a los jueces en un rol sumiso frente al poder del legislador.

De esta manera, para la Corte Constitucional de Colombia, la tarea de administrar justicia en un Estado Social de Derecho es una labor compleja que reclama un rol activo y dinámico de los funcionarios judiciales, y a la vez les otorga un alto sentido de responsabilidad en la realización de los principios y valores constitucionales. En este sentido, puede sostenerse que el alcance que la Corte le ha dado al principio de autonomía interpretativa de los jueces, es correlativo al papel protagónico de la administración de justicia en la realización de los fines del Estado Social de Derecho; o lo que es lo mismo, dado que los jueces en Colombia juegan un rol protagónico en la realización de los fines constitucionales, su actividad judicial opera dentro de un amplio margen de autonomía interpretativa.

2.1.2. Autonomía interpretativa y principios constitucionales

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991, dispone que los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. Esta afirmación sugiere que la ley es el único límite a la libre autonomía de los jueces; de hecho, el mismo artículo señala que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, es decir, que el juez puede considerarlos o no en la aplicación e interpretación de la ley. Sin embargo, esta disposición ha de interpretarse en consonancia con el artículo cuarto superior que establece que la Constitución es norma de normas; lo cual significa que la expresión *imperio de la ley*, incorpora no sólo a las leyes de la nación, sino principalmente a la Constitución.

En numerosas jurisprudencias, la Corte Constitucional colombiana ha reiterado que los principios constitucionales constituyen un límite al ejercicio de la autonomía interpretativa de los jueces. Ello significa que para la Corte, la

autonomía judicial no es absoluta, en la medida en que en un Estado Social de Derecho, la función pública de la administración de justicia no puede llevarse a cabo, al margen o con desconocimiento de los valores y principios constitucionales:

Es clara pues la existencia de normas que reconocen valores y de normas de principios dentro de nuestra Constitución, cuya ubicación inicial dentro de su texto y la forma abierta de su redacción, no dejan duda acerca de su papel como referente hermenéutico, que determina el sentido en que deben ser interpretadas todas las demás normas del texto superior y del ordenamiento jurídico en general, en cuanto señalan, con diverso grado de concreción, los fines esenciales por los que propende el Estado.⁴¹

De esta manera, aunque el principio de autonomía interpretativa debe ser revestido de especiales garantías, su protección no puede ser absoluta. Si se tratara de un principio ilimitado en donde el juez gozara de total liberalidad en su ejercicio a tal punto que fuera admisible cualquier tipo de razonamiento, las decisiones judiciales podrían resultar arbitrarias. En este sentido, para la Corte Constitucional de Colombia, la protección al principio de autonomía interpretativa es y debe ser relativa:

Como lo había reconocido la Corte, la Constitución le asigna a los jueces un marco importante de autonomía funcional, siempre y cuando se ajusten a la ley. El juez no es autónomo para violar el derecho. Tampoco para denegar justicia. Si el principio de autonomía funcional tuviera un alcance ilimitado, terminaría por anular otra serie de principios constitucionales de igual jerarquía. Como lo ha señalado la

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1287 de 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte, los principios y normas constitucionales deben aplicarse de forma armónica, pues sólo la aplicación coordinada de distintas disposiciones constitucionales aparentemente contradictorias permite que la escogencia de una no apareje el sacrificio de otra de igual jerarquía. Si bien el principio de autonomía funcional representa una garantía para la verdadera imparcialidad de la justicia, la propia Constitución establece la primacía de los derechos fundamentales dentro de los cuales se encuentra el derecho de acceso a la administración de justicia, así como la obligación del Estado y, en consecuencia, del juez, de someterse a las reglas del derecho y de garantizar la verdadera eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.⁴²

En este sentido, un primer límite a la autonomía interpretativa de los jueces, es el principio de *interpretación conforme*, según el cual la interpretación jurídica de los jueces debe ser acorde con los valores, principios y derechos constitucionales; lo cual implica que en caso de que una disposición normativa admita más de una interpretación, el juez debe acoger aquella alternativa interpretativa que más se ajuste a la Constitución Política.⁴³

⁴² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1017 de 1999 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, véase la sentencia de unificación SU-1185 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, y las sentencias de tutela: T-780 de 2002 Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, T-1123 de 2002 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, T-198 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, T-1130/03 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, T-688/2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, T- 284 DE 2006 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, y T-571 de 2007 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

⁴³ Este principio está consignado de manera expresa en el artículo 4° de la Constitución Política de Colombia de 1991, al señalar: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

A su vez, una interpretación conforme, impone al juez el deber de garantizar en todas sus actuaciones la *primacía de los derechos fundamentales*, y en especial la *dignidad humana*, con lo cual no solamente se ve obligado a hacer una interpretación conforme sino *pro homine*. Así, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, fundado en el respeto a la dignidad humana, la defensa de los derechos fundamentales resulta prevalente y obliga a todas las autoridades públicas, incluyendo a los jueces a garantizar su eficacia⁴⁴. Por dichas razones, bajo ninguna circunstancia, una autoridad pública colombiana puede vulnerar o amenazar los derechos fundamentales de las personas, como resultado de alguna acción u omisión de su parte⁴⁵.

Lo anterior se vincula con la garantía del principio de *prevalencia del derecho sustancial*. Conforme a dicho principio, los jueces en sus providencias deben anteponer los contenidos sustanciales⁴⁶ al exceso de ritualidades procedimentales. Como hemos dicho antes, el Estado Social de Derecho reclama

⁴⁴ El artículo 4° de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

⁴⁵ El Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991, dispone: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” Sobre la primacía de los derechos fundamentales, puede consultarse: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-198 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁶ El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala: “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.” (Subrayado fuera de texto).

una justicia más dinámica y activa que abandone el paradigma formalista de la interpretación judicial, caracterizado por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, sin fundamento objetivo y razonable.⁴⁷ De este modo, el juez no puede ampararse en los procedimientos para desconocer los derechos fundamentales de los asociados.

Asimismo, el reconocer la primacía a los derechos fundamentales de los asociados, dando prevalencia a los contenidos sustanciales, supone también que dicho reconocimiento se efectúe en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos. Es así como el *principio de igualdad* constituye otro límite a la autonomía interpretativa de los jueces, ya que por expreso mandato constitucional,⁴⁸ los ciudadanos deben recibir igualdad frente a la ley e igualdad de protección y trato por parte de las autoridades públicas. Así, en el caso de los jueces, su autonomía interpretativa está sujeta a la regla según la cual supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera, y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica:

La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda actividad estatal, está consagrada en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a

⁴⁷ Ver: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-972 de 2010, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁸ El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991, dispone: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”

las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.⁴⁹

Ahora bien, la observancia de este principio, no impide que el juez pueda evaluar casos especiales que admitan un tratamiento particular y distintivo; pues, en todo caso, una interpretación amplia del principio de igualdad, supone que en aras de su garantía, se admita que el juez realice un trato diferencial a casos que en apariencia tienen supuestos fácticos similares a casos precedentes, con la única restricción de exponer las razones y fundamentos que justifiquen de manera adecuada y suficiente el por qué no asigna la misma solución.

Exigir al juez que mantenga inalterable su criterio, e imponerle la obligación de fallar irrestrictamente de la misma forma todos los casos que lleguen a su conocimiento, cuando éstos compartan en esencia los mismos elementos, a efectos de no desconocer el principio de igualdad, implicaría una intromisión y una restricción a su autonomía e independencia (...) Sin embargo, a efectos de no vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica (que tiene como uno de sus fundamentos, el que se otorgue la misma solución dada a casos similares -precedentes-), el funcionario que decide modificar su criterio, tiene la carga de exponer las razones y fundamentos que lo han llevado a ese cambio.⁵⁰

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, C-836 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido ver: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1123 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-321 de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Lo anterior se vincula con los principios de *buena fe y confianza legítima*, en el sentido de que los jueces deben guardar cierto grado de seguridad y consistencia en sus decisiones, que no defraude las expectativas legítimas de los ciudadanos con relación a la manera en que la administración de justicia ha garantizado su protección jurídica mediante providencias anteriores; lo cual, a su vez, se relaciona con los *principios de seguridad jurídica y cosa juzgada*, en cuanto garantizan cierto grado de previsibilidad de la interpretación:

El principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas cierto grado de seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión.⁵¹

Adicionalmente, dicha previsibilidad sólo puede ser garantizada si las decisiones judiciales se corresponden con los contenidos legales y constitucionales que regulan cada caso jurídico en particular. En efecto, la principal expectativa de los destinatarios de la administración de justicia, tiene que ver con el respeto por parte de la autoridad judicial del *principio de legalidad*, según el cual los servidores públicos sólo podrán hacer aquello que la Constitución y la ley les encargan en especial, garantizar la eficacia misma de los derechos consagrados en la carta.⁵² Así, una decisión judicial sin una adecuada fundamentación legal y constitucional, o peor aún, que sea contraria a dichos contenidos, carece de total objetividad y razonabilidad, y por lo mismo redundaría en arbitraria.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 589 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵² El artículo 6° de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” De igual modo, el artículo 121 superior, dispone: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

En este sentido, ha dicho la Corte:

Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.⁵³

Adicionalmente, la observancia del principio de legalidad se relaciona con el *principio del debido proceso*⁵⁴ al menos en dos sentidos que a su vez constituyen

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 079 de 1993 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver sentencia T-1009 de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz y sentencia C-1026 de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴ El artículo 29 de la Constitución Política de 1991, establece: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la

barreras a la autonomía de los jueces. En primer lugar, al juez le corresponde garantizar, que los destinatarios de sus decisiones judiciales sólo sean juzgados conforme a las leyes preexistentes, y, en segundo lugar, todas sus actuaciones judiciales deben obedecer a los procedimientos descritos en la ley, sin que en ningún caso pueda tener origen en su propio arbitrio:

El debido proceso propende por una debida administración de justicia, la cual, a su vez, constituye una de las más importantes garantías para el amparo de los intereses legítimos de la comunidad y contribuye a la permanencia del Estado social de derecho, que tiene señalado en el artículo 2° de la Constitución política como uno de sus deberes, el de proteger en su vida, honra, bienes, derechos y libertades a todos los ciudadanos. Esta Corporación ha tenido ocasión de referirse, en forma por demás reiterada, a la importancia del debido proceso y sus implicaciones frente a actuaciones injustificadas de las autoridades, para concluir que el desconocimiento o incumplimiento de las normas que rigen los procesos, deriva en una violación de ese derecho. Por ello, el ordenamiento jurídico colombiano recoge diversas jurisdicciones especializadas y les señala no sólo los asuntos sometidos a su competencia, sino que además regula los procedimientos a seguir.⁵⁵

Finalmente, una condición necesaria para el libre ejercicio de la autonomía interpretativa, es la garantía efectiva del principio de *independencia judicial*. Este principio busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de órdenes,

defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertirlas que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-073 de 1997, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

presiones o cualquier tipo de coacción externa sobre el juez que las adopta, quien, como hemos dicho, en el ejercicio de su función, está sujeto únicamente a la Constitución y la ley.⁵⁶

De esta manera, la regulación constitucional al ejercicio autónomo de la actividad judicial, no sólo se agota en el artículo 230 superior -que específicamente se refiere a la autonomía judicial-, sino que todo el cuerpo constitucional, en especial sus principios y valores, constituyen límites que determinan el margen de acción de los jueces en su actividad interpretativa.

2.2 La actividad discrecional de los jueces en Colombia: ¿Un modelo de discrecionalidad fuerte?

Hemos dicho que un presupuesto para que se configure la discrecionalidad judicial, es que los jueces gocen de cierta autonomía interpretativa para emitir sus providencias. De igual manera, indicamos que la jurisprudencia constitucional de Colombia otorga un amplio margen de autonomía interpretativa a los jueces. En

⁵⁶ Siguiendo a Sebastián Linares, no se ha llegado a un acuerdo sobre las diferentes dimensiones y marco de referencia de la independencia judicial: “Algunos autores distinguen entre imparcialidad e independencia (Cappelletti, 1988; Toharia 1999; ABA /CEELI, 1999; Sharman 1996), entre independencia y autonomía (Binder, 2001), entre independencia interna y externa (Rico y Salas,1989), entre insularidad y neutralidad (Larkins, 1996), entre independencia formal y material (Méndez, 2000), entre independencia sustantiva e independencia estructural (Salzberger, 2001 entre independencia como función e independencia como garantía (Diez Picazo, 1992), o entre dimensiones y aspectos positivos de la independencia (Karlan, 1998; Negreto y Ungar, 1997), sólo por citar los ejemplos más sobresalientes”. LINARES Sebastián. *La independencia judicial: conceptualización y medición* En: Revista Política y Gobierno, División de Estudios Políticos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Vol. XI, Núm.1,México, 2004, 73.

este sentido, la cuestión que surge es en qué medida la Corte Constitucional de Colombia justifica la actividad discrecional de los jueces.

Lo primero que ha de señalarse a este respecto, es que no existe un pronunciamiento expreso de la Corte acerca de cuál paradigma de decisión judicial orienta su idea de discrecionalidad. Más aún, el examen se hace difuso al considerar las posturas de diferentes magistrados. No obstante, el análisis de la línea jurisprudencial permite destacar elementos sustanciales del modelo fuerte de Hart, que a su vez implican la negación de algunas de las tesis del modelo débil de discrecionalidad de Dworkin, tales como:

- i) El reconocimiento de la existencia de casos difíciles que sugieren varias alternativas de acción igualmente válidas⁵⁷ (lo cual implícitamente niega la tesis de la única respuesta correcta).
- ii) La posibilidad de que los jueces creen nuevo derecho (lo cual es inadmisibile desde el modelo de discrecionalidad débil).⁵⁸

⁵⁷ Hart llama la atención en el hecho de que incluso abogados razonables e informados tienen posiciones encontradas frente a la resolución de un mismo caso. Así lo señala en el siguiente pasaje: “Jueces de la talla de Oliver Wendell Holmes y Cardozo en los Estados Unidos o Lord Reid en Inglaterra, así como una legión de abogados, tanto aquellos dedicados a la academia como al litigio, han insistido en que hay casos que el derecho no regula por completo, en los que al juez le corresponde una tarea ineludible aunque “intersticial” y que, en lo que respecta al Derecho, muchos casos podrían ser decididos en cualquier sentido.” HART, H.L.A., *Óp. cit.*, nota 28, 138.

⁵⁸ Lo anterior significa que la justificación de la Corte a la actividad discrecional de los jueces, trasciende el modelo débil de Dworkin que reduce dicha tarea al mero discernimiento; lo cual se verifica en la adopción de tesis claramente opuestas a su modelo. Ahora bien, para la Corte la actividad discrecional de los jueces está justificada por ciertos estándares de razonabilidad, lo cual impide afirmar que se oriente por un modelo de discrecionalidad sin límites, propio de posiciones realistas y escépticas.

Así, en primer lugar, en diferentes jurisprudencias, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido de manera explícita la existencia de casos difíciles en los que al juez le corresponde efectuar un trabajo de elección racional entre dos o más cursos de acción igualmente válidos.⁵⁹ En segundo lugar, la Corte Constitucional de Colombia reconoce que existen casos difíciles en los que el Derecho no ofrece solución alguna, con lo cual queda justificada la actividad discrecional de los jueces en la creación de nuevo derecho. Para la Corte, el papel creador de los jueces en el Estado Social de Derecho, más que poner en riesgo el principio de la división de poderes, garantiza la colaboración armónica que debe existir entre los mismos para el logro de los fines constitucionales. Desde esta perspectiva, la creación del derecho es una labor compartida que no corresponde únicamente al poder legislativo:

El papel creador del juez tiene una justificación a partir de los aspectos teleológicos y normativos, sustanciales del Estado Social de Derecho. Así, para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los jueces a la ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, debe partirse de la premisa de que las potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente respecto de su parte dogmática. Ahora, con fundamento en el artículo 113 de la Carta: "los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para

⁵⁹ Al respecto puede consultarse: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-330 de 2005 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto y sentencia T-1017 de 1999 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, véase la sentencia de unificación SU- 1185 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, y las sentencias de tutela: T-780 de 2002 Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, T-1123 de 2002 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, T-198 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, T-1130/03 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, T-688/2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, T- 284 DE 2006 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, y T-571 de 2007 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

la realización de sus fines.", la creación del derecho en nuestro sistema jurídico es una labor compartida, es decir, que no corresponde exclusivamente al cuerpo legislativo.⁶⁰ (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior significa que para la Corte Constitucional de Colombia, no es admisible la tesis del modelo de discrecionalidad débil de Dworkin, según la cual los jueces sólo están legitimados para tomar decisiones que supongan una implementación de la voluntad de las instituciones elegidas democráticamente. Por el contrario, la Corte ha llamado la atención en que si bien las leyes son indispensables en la regulación de un vasto abanico de conductas sociales, ciertamente éstas resultan insuficientes para abarcar todas las posibles situaciones fácticas que ameriten regulación:

Estas características de la ley, si bien son indispensables para regular adecuadamente un conjunto bastante amplio de conductas sociales, implican también una limitación en su capacidad para comprender la singularidad y la complejidad de las situaciones sociales, y por lo tanto, no son susceptibles de producir por sí mismas el efecto regulatorio que se pretende darle, y mucho menos permite tratar igual los casos iguales y desigual los desiguales [...] La labor del juez no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado.⁶¹

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.* nota 49.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, *Ibíd.* En el mismo sentido, mediante sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, la Corte afirmó: En la misma sentencia, la Corte sostuvo: "Las normas, como los conceptos, en la medida en que

Ahora bien, al igual que Hart, la Corte considera que la creación de nuevo derecho por parte de los jueces sólo puede ser *intersticial*.⁶² En efecto, la Corte sostiene que aunque en ocasiones la discrecionalidad judicial resulta inevitable, ésta no puede ser absoluta sino más bien intersticial, ya que sólo puede tener lugar en el marco de decisiones judiciales que resuelvan casos particulares:

En efecto, en general, los jueces no son electos democráticamente, ni tienen como función básica formular libremente reglas generales. A ellos les corresponde exclusivamente resolver los casos que les son planteados por las partes; es lo que algunos autores denominan la "virtud pasiva" de la jurisdicción, para hacer referencia al hecho de que los jueces no tienen la facultad de poner en marcha autónomamente el aparato judicial ya que sólo actúan a petición de parte, y no por voluntad propia, y su intervención está destinada a resolver los casos planteados. Esta cualidad pasiva de la jurisdicción es esencial para preservar el principio democrático y la separación de poderes. Así, inevitablemente los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento. Sin embargo, para que esa producción

ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto”.

⁶² Con ello la Corte –al igual que Hart- se separa de posturas escépticas que plantean un ejercicio discrecional sin límites. En palabras de Hart: “Es importante señalar que la facultad de creación de derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados por el derecho es diferente de una legislatura: no sólo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que “limitan” sus “opciones” de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez está facultado únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces “intersticiales” y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas.” (Subrayado fuera de texto). HART, *op. cit.* nota 22, 136.

incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del Legislador, en detrimento del principio democrático.⁶³ (Subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, Hart sostuvo:

Es importante señalar que la facultad de creación de derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados por el derecho es diferente de una legislatura: no sólo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que “limitan” sus “opciones” de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez está facultado únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces “intersticiales” y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas.⁶⁴ (Subrayado fuera de texto).

De lo dicho anteriormente, se concluye que la Corte Constitucional de Colombia justifica la actividad discrecional de los jueces a partir del modelo de discrecionalidad fuerte propuesto por H.L.A. Hart. No obstante, a ello podría objetarse el hecho de que en numerosas sentencias la Corte ha destacado de manera preponderante el papel de los principios y valores en la decisión judicial; una cuestión que Hart no consideró en su teoría, y que constituye el núcleo central de la teoría de la interpretación constructiva de Dworkin. Cabe señalar que a este respecto, Hart advierte que no hay nada en su teoría, y específicamente en su

⁶³ Corte Constitucional, sentencia SU-047/1999 Ms.Ps. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁴ *Íbidem*, 136.

modelo de discrecionalidad, que impida articular a los principios como parámetros que guían el razonamiento judicial y determinan el proceso de adjudicación:

Considero que los argumentos establecidos a partir de principios de esta índole constituyen un rasgo importante de la adjudicación y del razonamiento jurídico y que tal rasgo debiera señalarse mediante la terminología apropiada. Debemos dar crédito a Dworkin por haber mostrado e ilustrado su importancia y el papel que desempeñan en el razonamiento jurídico; ciertamente fue un grave error de mi parte el no haber resaltado su fuerza no concluyente. Sin embargo, decididamente no era mi intención, al utilizar la palabra “regla”, sostener que los sistemas jurídicos comprenden únicamente reglas “todo o nada” o reglas casi concluyentes.⁶⁵

Adicionalmente, Hart argumenta que la cuestión de los principios es totalmente compatible con su teoría, dado que la diferencia entre éstos y las reglas consiste fundamentalmente en una cuestión de grado⁶⁶, de manera que no hay razones para objetar que la noción de regla de su teoría incorpora a la vez la de principio:

En primer lugar Dworkin desconoce el hecho de que acepto explícitamente que la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es por ello que mi teoría ha sido calificada de “positivismo suave”, y no, como sucede en la versión que Dworkin ofrece de ella, de positivismo del hecho evidente.

⁶⁵ HART, *op. cit.*, nota 22, 123.

⁶⁶ En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que la diferencia entre valores, principios y reglas no es de su naturaleza normativa, sino de grado, y, por lo tanto, de eficacia.

Adicionalmente, ha de considerarse el señalamiento de Hart con relación a las virtudes judiciales en la interpretación jurídica:

Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede *demostrar* que una decisión judicial es la única correcta: pero es posible que se acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.⁶⁷

Ciertamente, obviar el papel de los principios no es una omisión menor en la teoría de Hart, sin embargo, tampoco se trata de un aspecto que afecte sustancialmente su modelo fuerte de discrecionalidad.⁶⁸ En este sentido, resulta desacertado afirmar que dada la relevancia que la Corte Constitucional de Colombia le otorga a los principios en el razonamiento judicial; ello significa que la actividad discrecional de los jueces queda justificada bajo el modelo débil de Dworkin; desatendiendo el hecho de que su justificación de la discrecionalidad judicial se fundamenta en características estructurales propias del modelo fuerte, que, a su vez, son claramente excluyentes con las tesis que propone el modelo débil.

⁶⁷ HART, *Óp. cit.*, nota 22, 106.

⁶⁸ HART, *Óp. cit.*, nota 12, 253.

CAPITULO III

3. LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL

3.1 Distinción entre arbitrariedad y capricho judicial

Hemos dicho que en un Estado social de derecho, los funcionarios públicos están llamados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Ello implica que les está vedado actuar por fuera de las funciones atribuidas por la Constitución o la ley, de manera que ninguna de sus actuaciones puede tener origen en su propio arbitrio, sino que ha de estar respaldada por algún soporte constitucional o legal. En el caso de la función pública de la administración de justicia, la tarea interpretativa de los jueces consiste en atribuir un sentido razonable a los problemas jurídicos que les corresponde resolver, es decir, inferir razonablemente la conducta jurídica permitida, obligatoria o prohibida para cada caso en particular.⁶⁹

Para la Corte Constitucional colombiana, esta razonabilidad se predica de aquellas decisiones judiciales que guardan armonía con los valores y principios constitucionales:

Se entiende que una decisión es razonable cuando, en primera medida, las conclusiones resultantes de la interpretación del texto normativo ante el caso concreto son admisibles y demuestran cierto grado de

⁶⁹ Para Robert Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, dado que se trata de la corrección de enunciados normativos. ALEXY Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Colección: El Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Constitucionales., Madrid, 1989.

corrección, que se verifica a través de su consonancia con el plexo de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.⁷⁰

En este sentido, el reconocimiento de los valores y principios constitucionales constituye un criterio de corrección de las decisiones judiciales, cuya aplicabilidad debe ser ineludible.⁷¹ Lo anterior significa que una decisión judicial que desconozca los valores y principios constitucionales, carece de razonabilidad, y, por lo mismo, ha de considerarse arbitraria.⁷² Desde esta perspectiva, la arbitrariedad judicial se define –en sentido negativo– como ausencia de razonabilidad,⁷³ es decir, como falta de concordancia entre la decisión judicial y los valores y principios constitucionales.

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1130 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

⁷¹ Así ha señalado la Corte: Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Corte Constitucional de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Vale recordar que el artículo cuarto de la Constitución Política de Colombia establece que la Constitución es norma de normas.

⁷² Para Alejandro Nieto el parámetro de referencia directa de la arbitrariedad no es la irrazonabilidad, sino el arbitrio: *“El arbitrio tiene un contenido determinado que, cuando se excede se convierte en arbitrario. La arbitrariedad es ejercicio excesivo (o inadecuado y, en todo caso, ilícito) del arbitrio.* Así, para el autor la arbitrariedad es el antónimo de arbitrio, de la misma manera que irracionalidad lo es de racionalidad e irrazonabilidad de razonabilidad. NIETO Alejandro, *El arbitrio Judicial*. Ariel S.A. Barcelona, 2000, 365-368.

⁷³ Este trabajo presenta el criterio de la Corte Constitucional colombiana, con relación a la idea de razonabilidad de las decisiones judiciales. Un análisis profundo del desarrollo del concepto de razonabilidad desde la teoría jurídica contemporánea, desbordaría el objetivo de este trabajo; no obstante, cabe referir que para Perelman “es imposible suministrar, de una vez por todas, el criterio de lo razonable que, como todas las ideas vagas, será reconocible más fácilmente desde una perspectiva negativa: el

El diccionario de la real academia de la lengua española, en su vigésima segunda versión, define arbitrariedad como aquel acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. Asimismo, define este último como la determinación que se toma arbitrariamente, inspirada por un antojo, por humor o por deleite en lo extravagante y original.⁷⁴ Esta significación, parece indicar que toda decisión caprichosa es arbitraria, pero no toda decisión arbitraria es caprichosa. En este sentido, el capricho sería un tipo especial de arbitrariedad, en cuanto se trata de una actuación irrazonable (arbitraria) cuyo rasgo distintivo es que obedece al mero deseo o antojo del agente.

Desde la jurisprudencia constitucional colombiana, la distinción entre capricho y arbitrariedad judicial resulta muy difusa; sin embargo, la Corte es clara en señalar que ambos casos corresponden a actuaciones irrazonables por parte de la autoridad judicial, que conllevan implicaciones injustas para las partes.⁷⁵ Dichas implicaciones, pueden obedecer tanto a cuestiones formales como materiales; lo cual nos permite distinguir entre arbitrariedad formal y material, y, a su vez, entre capricho formal y material, bajo causales específicas en cada caso.

Del análisis de estas causales puede inferirse que la diferencia principal entre arbitrariedad y capricho judicial está determinada por el criterio de jerarquía normativa. Así, mientras la arbitrariedad judicial está referida al desconocimiento de normas de mayor jerarquía, es decir, la Constitución y los tratados

acuerdo sobre lo irrazonable permite, por exclusión, identificar lo razonable (...) que, además, es un concepto siempre relativo a una sociedad concreta en la que se supone que existe un consenso suficiente sobre un conjunto de valores comúnmente admitidos". PERELMAN Chaim. *Éthique et Droit*, Edition de L' universite de Bruxelles.1990, 338.

⁷⁴ <http://www.rae.es/rae.html> consultada el 14 de octubre de 2012 a las 6:30pm.

⁷⁵ Al respecto, puede consultarse: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-231 de 1994, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

internacionales que por el bloque de constitucionalidad se entienden incorporados en ella; el capricho judicial, se refiere al desconocimiento de disposiciones normativas de menor jerarquía, tales como las leyes que regulan el caso en cuestión, normas procedimentales, y el precedente jurisprudencial en esa materia.

Ahora bien, podría argüirse que tal como hemos definido razonabilidad, el capricho no representa un acto irrazonable de la autoridad judicial, en tanto vulnera normas de menor jerarquía. Sin embargo, si bien es cierto que el caso del capricho judicial, se predica de jueces que, deliberadamente, desconocen normas de menor jerarquía, este comportamiento conlleva la vulneración de normas superiores, por lo cual su actuación es claramente irrazonable y por lo mismo arbitraria.

3.2 La arbitrariedad formal

3.2.1 Desconocimiento del principio de primacía del derecho sustancial

En ocasiones, amparados en un formalismo extremo, los jueces desconocen que el procedimiento judicial debe ser un medio para la protección de los derechos de las personas, y no un obstáculo. En este sentido, los jueces incurren en un proceder arbitrario, cuando anteponen una aplicación estricta y rígida del procedimiento en menoscabo de los derechos sustanciales. Así, al preferir un ritualismo excesivo, el juez deja en situación de indefensión a las personas, desconociendo el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 constitucional.⁷⁶ Al respecto, ha señalado la Corte:

“[L]os jueces deben ser conscientes de la trascendental importancia que tiene el derecho procesal en cuanto medio garantizador de los derechos

⁷⁶ Para Genaro Carrió, una sentencia es arbitraria si incurre en ritualismos excesivos, o en abusos de forma, en desmedro de la verdad sustancial CARRIÓ, Genaro y CARRIÓ Alejandro. “El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria”, Tercera Edición. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 267.

materiales dentro del marco de un debido proceso. En consecuencia, el actuar general debe ser guiado por la coexistencia de estas manifestaciones normativas permitiendo que en un marco jurídico preestablecido se solucionen los conflictos de índole material. Sin embargo, si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material.⁷⁷

De esta manera, al juez le corresponde dar prevalencia a su obligación de impartir justicia, respetando los procedimientos formales, pero sin apegarse de manera excesiva a los mismos. En este sentido, la validez procesal de una decisión judicial debe necesariamente juzgarse a partir de su trasfondo sustancial; lo cual significa que los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos. De esta manera, cuando por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales, se desconocen los derechos fundamentales de las personas, se configura una causal de arbitrariedad

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1306 de 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. En este caso, la Corte Constitucional decidió conceder el amparo impetrado al considerar que, aun cuando los requisitos formales y técnicos de la casación son constitucionalmente legítimos; en el caso concreto, la Corte Suprema de Justicia, tras constatar que efectivamente el actor cumplía con todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez (derecho constitucional) decidió no casar la sentencia por razones puramente formales incurriendo en un “*exceso ritual manifiesto*”.

formal, con lo cual el ciudadano queda habilitado para incoar la acción de tutela por defecto procedimental.⁷⁸

3.3 La arbitrariedad material

3.3.1 Desconocimiento del principio de interpretación conforme

Para el tribunal constitucional colombiano, la idea del sometimiento de los jueces a la ley, no implica solamente la prohibición de realizar interpretaciones *contra legem*, sino además, el deber de realizar una interpretación *secundum legem*, es decir, según el ordenamiento jurídico, lo cual incluye de manera prevalente a la Constitución como norma de normas. Así, el juez debe considerar que en un Estado social y democrático de derecho, su autonomía para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, se ve limitada por el sometimiento al imperio de la ley, y de manera prevalente a la Constitución que por expreso mandato constitucional es “norma de normas”.⁷⁹

⁷⁸ De igual manera, la Corte ha señalado que se configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela, por exceso ritual manifiesto, cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos.

⁷⁹ Ello implica que el intérprete no sólo debe obrar de acuerdo al texto constitucional, sino conforme a todo lo que incluye el bloque de constitucionalidad. Son cuatro las disposiciones de la Constitución Política de Colombia que hacen referencia expresa al bloque de constitucionalidad. Así, el artículo 93 señala: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” A su turno, el artículo 94 dispone: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” En el mismo sentido, el artículo 53 referido a los derechos de los trabajadores

Sobre este particular ha señalado la Corte:

Así las cosas, no puede apoyarse la respetable posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues en su concepto basta que la interpretación no resulte contra legem, para que resulte admisible. Al intérprete se le impone más que ello: que realice una interpretación secundum legem. De ahí que deban tacharse, como incompatibles con la Constitución y el ordenamiento jurídico, aquellas interpretaciones que, aunque no resulten abiertamente irrazonables y manifiestamente u ostentosamente caprichosas o arbitrarias, no sean compatibles con los principios y valores del sistema jurídico, no sean debidamente sustentadas, desconozcan los precedentes o atenten contra los derechos constitucionales fundamentales de los asociados.⁸⁰

en Colombia, señala: “Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. Finalmente, el artículo 214 señala que en los estados de excepción: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.” Al respecto puede consultarse: UPRIMNY Rodrigo. “El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. Universidad Nacional de Colombia, 2005.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-546 de 2002, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett. Esta sentencia hace referencia a una disputa interpretativa entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, máxima jurisdicción de la justicia ordinaria y máxima jurisdicción de la justicia constitucional en Colombia, respectivamente. Dicho conflicto se refería a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Según la posición de la Corte Suprema, para que procediera la acción de tutela, era necesario que la actuación judicial hubiese sido contraria a la ley. Al parecer de la Corte Constitucional, dicha interpretación resultaba demasiado restrictiva, dado que la idea del sometimiento de los jueces a la ley, implica además, el deber de realizar una interpretación secundum legem, dando prevalencia a los postulados constitucionales.

Desde esta perspectiva, interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución, implica que en todos los casos, el juez anteponga la garantía de hacer efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en ésta, lo cual, en ocasiones supone dejar de lado el texto de la ley.⁸¹ En este sentido, el artículo cuarto (4) de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, deben aplicarse las disposiciones constitucionales. Esta disposición constitucional, hace referencia al principio que la doctrina y la jurisprudencia constitucional han llamado *interpretación conforme*. Dicho principio, constituye un criterio objetivo que impone a los jueces ciertos límites al libre ejercicio de su autonomía interpretativa, de manera que ante su desconocimiento, se configuraría un caso de arbitrariedad judicial. Con relación a la aplicación de este principio, ha señalado la Corte:

Está, así, establecido jurisprudencialmente que existen algunos mandatos de índole hermenéutica para los funcionarios judiciales.

⁸¹ Como se ha dicho antes, el reconocimiento de la primacía constitucional, no constituye una violación al principio de legalidad, puesto que el sometimiento de los jueces a la ley, ha de entenderse desde la comprensión del ordenamiento jurídico como un todo: “No sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómeta, esclavo de la norma estricta. Por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 224 de 1994 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. En el mismo sentido ver: Sentencia T- 1130/03 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-571 de 2007 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-688/2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-128 de 2002 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-1026/2001 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia SU 1185 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-836/2001 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-1009/2000 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

¿Cuáles son esas reglas? En primer lugar, tal y como se ha reiterado en varias oportunidades, está el principio de interpretación conforme, según el cual todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto.⁸²

Bajo esta descripción, la aplicabilidad del principio de interpretación conforme, puede comprenderse a la luz de algunos problemas de interpretación específicos:

- a. Existe una norma aplicable al caso en cuestión que contraria la Constitución.
- b. La norma que regula el caso en cuestión, admite más de una interpretación.
- c. La norma que regula el caso en cuestión admite dos o más interpretaciones que son, en principio, igualmente constitucionales.

⁸² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1026 de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

De la manera como el juez resuelva estos problemas interpretativos, o más bien, de la observancia o no del principio de interpretación conforme, depende que se califique su proceder como razonable o arbitrario.⁸³

a. Elección irrazonable por considerar una interpretación normativa que contradice la Constitución.

La Constitución Política de Colombia, crea un sistema de control de constitucionalidad mixto, puesto que combina elementos tanto del sistema concentrado como del sistema difuso. Por un lado, se ejerce un control concentrado, en la medida en que en forma directa y principal es la Corte Constitucional, la encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.⁸⁴ Igualmente, de manera residual, el Consejo de Estado ejerce control de constitucional, pues le corresponde conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. En ejercicio de dicho

⁸³ Rodolfo Luis Vigo plantea seis tipos de incompatibilidad entre la juricidad constitucional con la infra – constitucional: (i) cuando la regla constitucional prohíbe hacer algo y la norma infraconstitucional lo manda o un comportamiento impone efectuarlo; (ii) cuando la regla constitucional manda hacer algo y la norma infraconstitucional lo prohíbe hacer o un comportamiento impide su realización. (iii) cuando la regla constitucional permite hacer algo y la norma infraconstitucional lo prohíbe o el comportamiento de un tercero impide efectuarlo. (iv) cuando la regla constitucional prohíbe hacer algo y la norma infraconstitucional lo permite o un comportamiento impone su realización. (v) cuando la regla constitucional manda hacer algo y la norma infraconstitucional permite no hacerlo o un comportamiento impide efectuarlo, y (vi) cuando la regla constitucional permite no hacer algo y la norma infraconstitucional lo manda o un comportamiento impone su ejecución. VIGO, Rodolfo, *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, 88.

⁸⁴ El artículo 241 de la Constitución Política de Colombia establece que es a la Corte Constitucional a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Así mismo señala las funciones que se le asignan para el cumplimiento de tal fin.

control, los fallos de ambas corporaciones tienen efectos erga omnes, es decir que hacen tránsito a cosa juzgada abstracta.

Por otro lado, el control de constitucionalidad en Colombia es difuso, en la medida en que en aquellos eventos en que una norma contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política, los jueces pueden ampararse en la excepción de inconstitucionalidad, y abstenerse de aplicarla; lo cual sólo tiene efectos inter-partes y para el caso concreto.⁸⁵ En este sentido, el respeto al principio de interpretación conforme, implica para el juez la obligación de descartar cualquier interpretación normativa que contraría los contenidos constitucionales, razón por la cual está obligado a efectuar una fundamentación y motivación jurídica coherente y consistente con los principios y valores constitucionales, que justifique porque para el caso en concreto dicha interpretación jurídica ha de desconocerse. De no ser así, se configuraría un caso de arbitrariedad judicial material, por desconocimiento del principio de interpretación conforme.

El juez se encuentra frente a una interpretación normativa que contraria la Constitución	
Actuación Razonable (discrecional)	Actuación Arbitraria
El juez descarta la interpretación normativa que contraria la Constitución, optando por una interpretación jurídica acorde con los valores y principios constitucionales.	El juez elige la interpretación jurídica que contraria la Constitución, desconociendo su superioridad normativa.

b. Elección Irrazonable cuando la norma que regula el caso en cuestión, admite más de una interpretación.

⁸⁵ Al respecto, ver sentencia de tutela de la Corte Constitucional de Colombia, T-600 de 1998, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Otro problema de interpretación, surge cuando una misma disposición normativa, ofrece varias posibilidades de interpretación distintas. En este caso, el principio de interpretación conforme impone un límite a la autonomía interpretativa de los jueces, pues les obliga a elegir entre las alternativas de interpretación posibles, aquella que más se ajuste a los contenidos constitucionales y garantice el respeto de los derechos fundamentales de las partes:

Así, es cierto que al juez de la causa le corresponde fijarle el alcance a la norma que aplica, pero no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que en todo se ajuste a la Carta política. La autonomía y libertad que se le reconoce a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar los textos jurídicos, no puede entonces comprender, en ningún caso, aquellas manifestaciones de autoridad que supongan un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas.⁸⁶

En el mismo sentido, con relación a un caso de afectación a los derechos de los trabajadores, la Corte sostuvo:

El juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU - 1185 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.⁸⁷

De esta manera, se configura una causal de arbitrariedad por desconocimiento al principio de interpretación conforme, cuando ante una disposición normativa que admita más de una interpretación, el juez elija sin justificación razonable, aquella alternativa que menos se ajusta a la Constitución, afectando los derechos fundamentales de las personas.

La norma que regula el caso en cuestión admite más de una interpretación.	
Elección Razonable (discrecional)	Elección Arbitraria
A partir de una justificación razonable, el juez elige aquella alternativa que más se ajusta a la Constitución, personas.	El juez elige sin justificación razonable, aquella alternativa que menos se ajusta a la Constitución, afectando los derechos fundamentales de las personas.

c. Elección irrazonable cuando la norma que regula el caso en cuestión admite dos o más interpretaciones que, en principio, son igualmente constitucionales, pero acarrear consecuencias distintas para las partes.

El tercer problema de interpretación, guarda conexión con el anterior, ya que de igual manera el operador jurídico se encuentra frente a una disposición normativa que admite más de una interpretación. Sin embargo, en este caso la elección de la alternativa interpretativa más adecuada, se hace menos simple, en

⁸⁷ Corte constitucional de Colombia, sentencia T-800 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido, ver sentencia T-001 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

cuanto, en principio, todas las posibilidades aprueban el examen de constitucionalidad, es decir, no parecen contradecir ningún postulado constitucional. En este caso, la Corte ha señalado que el juez, en ejercicio de su autonomía interpretativa, deberá escoger en forma razonada aquella alternativa que considere satisface de mejor manera los dictados del constituyente en el caso concreto. Es decir, deberá optar por la vía que garantice en mayor medida la efectividad de los derechos fundamentales de las partes. Así lo expone la siguiente sentencia de tutela, con ponencia del doctor Carlos Gaviria Díaz:

En conclusión, es indispensable que en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome como base la libertad y la filosofía humanística que son valores fundantes y objetivos esenciales del Estado colombiano, de acuerdo con la Carta. Pero el problema se presenta cuando una norma admite varias interpretaciones, en principio igualmente válidas pero, obviamente, con consecuencias distintas. En este evento, el juez debe examinar todas las posibilidades: su contenido, sus implicaciones y las consecuencias de tomar o descartar alguna. Si encuentra una o más que sean válidas, cumplan los fines constitucionales y no pongan en peligro las garantías del proceso, puede escoger, en uso de su sana crítica, la más acertada⁸⁸.

En este sentido, si el juez simplemente elige cualquiera de las opciones interpretativas, sin atender al criterio de razonabilidad o conveniencia; su actuación degenera en arbitraria, puesto que para el caso en cuestión, pudo garantizar en mayor medida el verdadero acceso a la justicia de los ciudadanos, pero su elección deliberada y apresurada, lo impidió.⁸⁹

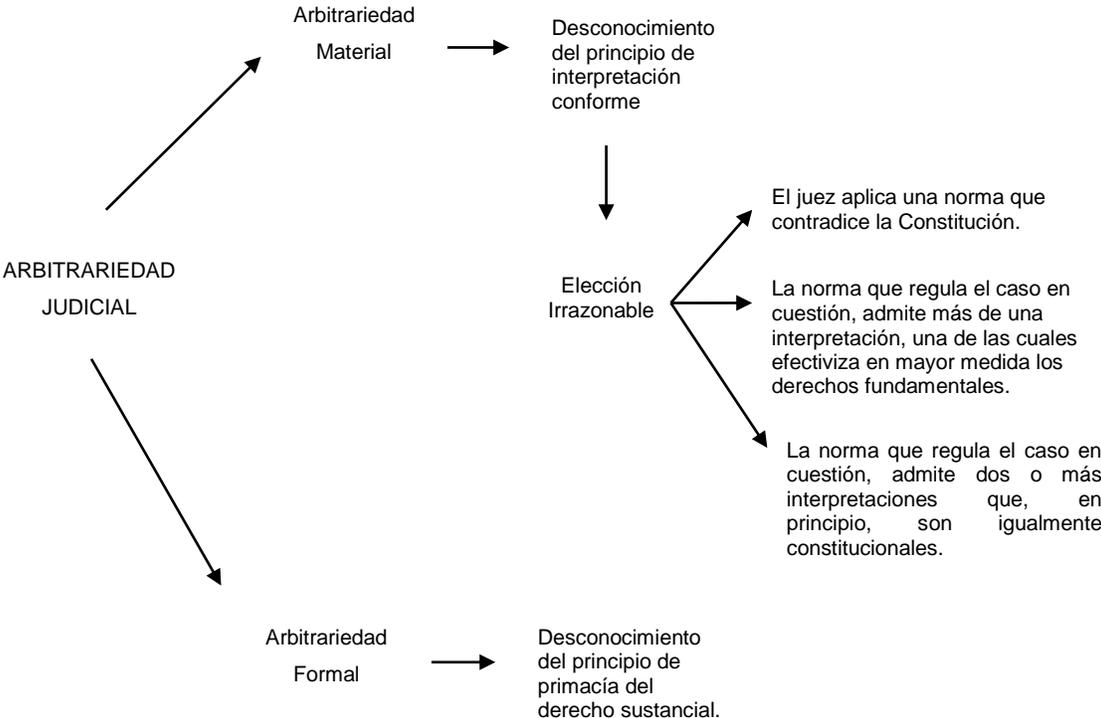
⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1009 de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁹ Como veremos más adelante, evitar este tipo de arbitrariedad demanda una motivación suficiente. A este respecto Villamil sostiene: Al volver sobre la exigencia de

La norma que regula el caso en cuestión admite dos o más interpretaciones que, en principio, son igualmente constitucionales.	
Elección Razonable	Elección Arbitraria
El juez elige bajo una justificación razonable, aquella alternativa constitucional que conlleva consecuencias más favorables para las partes.	El juez elige deliberadamente, la alternativa constitucional que conlleva consecuencias menos favorables para las partes.

motivación, no debemos desdeñar que ella tiene como función igualmente importante, no sólo buscar el acierto, sino también intentar demostrar que el juez tiene el genuino propósito de proscribir el arbitrio y excluir la posibilidad de acertar sin comprender o por pura casualidad.⁸⁹ (Subrayado fuera de texto). VILLAMIL Portilla Edgardo, La estructura de la Sentencia Judicial, en Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial en Colombia, Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 2004, 31.

Una descripción general de la arbitrariedad judicial, puede apreciarse en el siguiente esquema:



CAPITULO IV

4. EL CAPRICO JUDICIAL

4.1 Capricho Formal

Como se ha referido antes, administrar justicia en un Estado Social de Derecho significa hacer efectivos los derechos, deberes, garantías y libertades consagrados en la Constitución y en la ley. En este sentido, ha de recordarse que el artículo noveno de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, señala que es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso. De ello se deriva la expectativa legítima de los ciudadanos de que al acudir a la jurisdicción, el desarrollo del proceso judicial será en todo momento ajustado a derecho, es decir, respetando el procedimiento y las garantías constitucionales previstas en la Constitución y en la ley.

Lo anterior, niega la posibilidad de que el juez quiera imponer su arbitrio, sobre las formas propias de cada juicio, más aún, cuando en virtud de los artículos 6 y 121 de la Carta Política, que consagran el principio de legalidad, los servidores públicos sólo podrán hacer aquello que la Constitución y la ley les encargan. Ello guarda concordancia directa con el respeto al derecho fundamental al debido proceso:

La Constitución de 1991 consagró en su artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso, entendido éste como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional lo consagra entonces para todo tipo de actuaciones, de manera que las

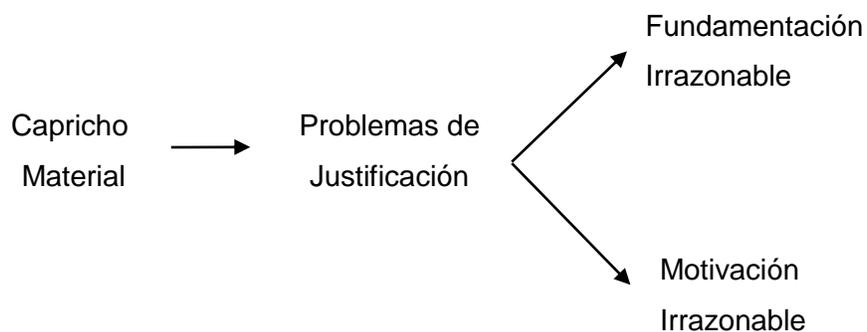
situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos.⁹⁰

Al analizar la distinción entre capricho y arbitrariedad, sostuvimos que el rasgo diferencial específico del capricho judicial, consiste en que está determinado por preferencias subjetivas que llevan al juez a desconocer normas de menor jerarquía. Conforme a lo anterior, el capricho judicial de tipo formal se configura cuando el juez, deliberadamente, no aplica o desconoce algún aspecto del procedimiento, imponiendo su propio arbitrio sobre las formas propias de cada juicio. Este comportamiento es claramente irrazonable, pues el juez carece de razones que fundamenten el desconocimiento del procedimiento, y, de otro lado, aunque se trata del desconocimiento de normas procedimentales (de menor jerarquía), este hecho conlleva la vulneración de normas de mayor jerarquía tales como la garantía constitucional del debido proceso y el principio de legalidad. En este evento, el ciudadano puede invocar la protección del juez constitucional para que por vía de tutela, se reconozca el defecto procedimental en la actuación del juez.

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-073 de 1997, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

4.2 Capricho material

El capricho judicial de tipo material, está relacionado con la falta de razonabilidad en la justificación de la decisión judicial.⁹¹ Dicha ausencia de razonabilidad puede obedecer a problemas tanto en la fundamentación como en la motivación de la decisión. En este sentido, una decisión judicial se entiende debidamente justificada cuando cumple con dos condiciones: (i) fundamentación razonable, y (ii) motivación razonable. En ausencia de alguna de estas dos condiciones, se configura el capricho judicial material:



⁹¹ Para MacCormick, justificar una decisión judicial, implica tres condiciones fundamentales, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad, en segundo lugar, que la decisión judicial en cuestión tenga sentido en relación con el sistema, esto es, que cumpla con los requisitos de consistencia y coherencia, y, finalmente que las decisiones jurídicas tengan sentido en relación con el mundo, es decir, con las consecuencias de las decisiones. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

4.2.1 Fundamentación irrazonable

En la tarea de justificación de las decisiones judiciales, el juez ha de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.⁹² Esta obligación jurídica de los jueces se conoce como el deber de fundamentación, y constituye una condición necesaria para garantizar la razonabilidad de la decisión judicial. Para la Corte Constitucional de Colombia, se trata de un deber que de no atenderse, redundaría en un proceder caprichoso por parte del funcionario judicial:

En efecto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad

⁹² El deber de fundamentación está hace alusión al requisito de universalidad, al cual MacCormick llama la “exigencia de justicia formal”. Se encuentra en la justificación de primer nivel, es decir, en la justificación interna, en donde lo que se persigue es que al justificar una decisión normativa, se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general, o de un principio –la premisa mayor del silogismo judicial-: “...por supuesto cuando se justifica una determinada decisión, *d*, hay que ofrecer razones particulares, *A, B, C*, a favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita además, un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias *A,B,C*, debe tomarse la decisión *d*” Ibid. En el mismo sentido Prieto Sánchis, refiere: Como es sabido, el fundamento de ese respeto se halla en un principio de universalización que ordena tratar de igual modo las cosas o situaciones iguales; dicho en términos más kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. PRIETO Sanchís, Luis. *Notas sobre la interpretación constitucional*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales. No 9. Madrid, 1991.

con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.⁹³

En este sentido, la fundamentación de una decisión judicial se considera irrazonable, cuando el juez pretende imponer su arbitrio por encima del ordenamiento legal, desconociendo la normatividad existente que regula el caso en cuestión, y ofreciendo deliberadamente una solución que no guarda conexión con el sistema jurídico.⁹⁴ Este comportamiento configura una de las causales de capricho material, ya que se trata de un desconocimiento deliberado de la normatividad existente, que claramente excede la autonomía del juez. Aunque se trata de normas de menor jerarquía, (las normas ordinarias que regulan el caso en cuestión), la actuación del juez es irrazonable, ya que por vía de este desconocimiento se vulneran normas constitucionales tales como el principio de legalidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, y acceso a la justicia.⁹⁵

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.* nota 63. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia de constitucionalidad C-447 de 1997 con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁴ Podría señalarse que este tipo de actuación caprichosa, corresponde a un error *in indicando*, en tanto éste se produce por falta de aplicación, aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea. Sin embargo, el error no es un caso de capricho ni de arbitrariedad, ya que mientras un error siempre es involuntario, el capricho y la arbitrariedad son actos conscientes. En el caso de estudio, el operador jurídico impone deliberadamente su voluntad sobre el ordenamiento, anteponiendo sus motivaciones personales por encima de su obligación de hacer efectivos los derechos de las partes del proceso. Sobre este particular, véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-252 de 2001, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Téngase en cuenta que este tipo de error no aparece tipificado como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En cambio sí, está regulado el error inducido, en el cual la decisión equivocada del juez es inducida por la actuación de alguno de los sujetos procesales.

⁹⁵ Como ha sido anotado, por expreso mandato constitucional los servidores públicos sólo podrán hacer aquello que la Constitución y la ley les encargan, y, en el caso

Sobre este particular, ha señalado la Corte:

Se concluye de todo esto que el juez es autónomo en su labor interpretativa, pero tiene un límite, que se deduce de las normas constitucionales y legales a las que está sujeto: las decisiones que profiera en ejercicio de esta función deben contener un fundamento objetivo y razonable, ya que el principio de autonomía no prohíja las actuaciones arbitrarias, ni la manipulación de las normas con propósitos caprichosos y resultados perversos, en contra de los mandatos y propósitos legales y justos.⁹⁶

En el mismo sentido, sostuvo:

Una sentencia que no ha sido dictada conforme a la ley sino contrariándola, jamás podrá tenerse como válidamente expedida y, mucho menos, puede ejecutarse. En un Estado de derecho como el nuestro no se puede aceptar que se hagan efectivas decisiones arbitrarias o, lo que es lo mismo, proferidas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución, o que infrinjan los derechos fundamentales de la persona humana, pues principios como el de justicia, libertad y dignidad humana impiden hacerlo.⁹⁷

de los jueces, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, establece que es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso. L.E.A.J., *op. cit.*, nota 46. A ello nos hemos referido en el capítulo segundo, al estudiar la relación entre el principio de autonomía interpretativa y el principio de legalidad, aduciendo que una decisión judicial sin una adecuada fundamentación legal y constitucional, o peor aún, que sea contraria a dichos contenidos, carece de total objetividad y razonabilidad, y por lo mismo redundante en arbitraria.

⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.* nota 88. También pueden consultarse las sentencias T- 1000/2003, T-461/2003 y SU- 159/02.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-252 de 2001, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

De otro lado, ha de señalarse que para la Corte Constitucional colombiana, una decisión de la autoridad no es constitucional por el solo hecho de haberse adoptado en ejercicio de las funciones del cargo, pues el respeto al principio de legalidad, ha de entenderse en concordancia con otros principios constitucionales, como el principio de igualdad de todos ante la ley⁹⁸. En este sentido, ha expresado la Corte:

El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas, es condición de existencia de los empleos públicos y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos. Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley, principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.⁹⁹

Adicionalmente, el deber de fundamentación implica la obligación para el juez de aplicar la ley que específicamente regula el caso en cuestión, es decir, que éste no puede ampararse en el hecho de haber observado “cualquier” ley del ordenamiento, para dar sustento a algún proceder caprichoso que pretenda desconocer el principio de legalidad:

El Estado de derecho deja de existir si un órgano del Estado pretende y puede situarse por encima del derecho establecido. Si bien la tarea del

⁹⁸ La importancia de la aplicación del principio de igualdad en el contexto judicial, será estudiado más ampliamente al referirnos a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial.

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 53.

juez no se limita a una simple aplicación de la ley - tiene que interpretarla, suplir sus vacíos, derivar y actualizar los principios jurídicos -, su competencia sólo le permite obrar dentro del marco del derecho, y no puede sustituirlo arbitrariamente por sus propias concepciones (...)La sujeción al imperio de la ley por los jueces (CP art. 230), si se entiende que puede ser a cualquier ley, así sea la menos pertinente para resolver el asunto bajo su consideración, daría lugar a la creación de un poder personal, que es justamente lo que combate dicho principio. Los jueces, en estas condiciones, no podrían pretender actuar "en nombre de la ley", con lo cual como autoridades quedarían desposeídas de legitimidad y para sus decisiones no podrían exigir obediencia. (...) Aquí la independencia y la autonomía judicial, no sirven al propósito de una administración de justicia imparcial y ligada sólo al derecho, sino a la configuración de un órgano soberano: el de los jueces que se apropian de la forma y gobiernan el contenido a su antojo situándose así mismo por fuera y sobre el derecho.¹⁰⁰ (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, la aplicación de la ley que específicamente regula el caso, no resulta una exigencia razonable, si se tiene en cuenta que el sistema jurídico puede ofrecer varias alternativas para resolver un mismo caso. Como ya se anotó en el capítulo II, el que la Corte Constitucional colombiana reconozca la indeterminación parcial del derecho y con ello justifique la labor discrecional de los jueces, implica que implícitamente niega la tesis de la única respuesta correcta. Asimismo, la Corte admite la posibilidad fáctica de la versatilidad de interpretaciones que conjugan en la resolución de una misma cuestión jurídica. En este escenario, para que la decisión judicial se entienda debidamente fundamentada, al juez le corresponde justificar por qué empleó determinado

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.*, nota 75.

precepto y no otro, es decir, demostrar mediante una argumentación jurídica suficiente, que su elección ha sido razonable.¹⁰¹

Por otra parte, puede ocurrir que aplicar la norma que específicamente regula el caso, conlleva consecuencias injustas, inequitativas e irrazonables para las partes. Ya hemos visto al analizar la arbitrariedad por desconocimiento del principio de interpretación conforme, que una decisión carece de razonabilidad, cuando el operador jurídico aun cuando resuelve el caso conforme las disposiciones legales que regulan la materia, no evalúa que los alcances del fallo conllevan consecuencias injustas para las partes.

De este modo, para que la fundamentación se considere razonable, debe atender a las consecuencias, y en ese sentido, dar una justificación desde los principios constitucionales, que le permita excluir las interpretaciones que sean manifiestamente irrazonables. En este caso particular, la no aplicación de la norma que regula el asunto de conocimiento, no se entiende como fundamentación irrazonable derivada de una imposición caprichosa del juez sobre el ordenamiento, sino más bien, como una elección razonable, que atiende a las posibles consecuencias del fallo, a partir de una justificación desde los principios constitucionales.

¹⁰¹ Aulis Aarnio señala que el problema central de la interpretación jurídica es justificar la elección entre las alternativas posibles, pues a través de ella puede alcanzarse la aceptabilidad de los destinatarios, aunque, debe considerarse que no basta la mera aceptabilidad dado que ésta puede ser irracional, por eso lo relevante es que la aceptación de la interpretación debe ser el resultado de un discurso racional. En el mismo sentido, sostiene que hay ausencia de respuesta correcta cuando: i) Existen diferentes soluciones jurídicas para un mismo supuesto, caso en el cual el juez elige una de las posibilidades mediante criterios extrajurídicos; ii) No existe ninguna solución jurídica para un supuesto determinado, caso en el cual el juez elige entre diferentes alternativas extrajurídicas. AARNIO Aulis, La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Revista Doxa* No. 8, 1990.

En síntesis, si un juez deliberadamente impone su arbitrio sobre el ordenamiento, traiciona su deber constitucional de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo; con lo cual, anula a su vez, la expectativa legítima de los ciudadanos de que al acudir a la jurisdicción para la solución de sus conflictos jurídicos, recibirán un tratamiento acorde con el derecho existente. Por esta razón, en el evento en que un juez actúe al margen del marco jurídico legal y constitucional que regula el asunto en cuestión, desborda su autonomía interpretativa. Frente a dicha actuación caprichosa, el ciudadano queda habilitado para demandar el amparo de sus derechos, mediante el ejercicio de la acción de tutela.

4.2.2 Motivación irrazonable

La tarea de justificación de las decisiones judiciales se completa con la motivación; es decir, que al deber de enunciar las reglas, principios o precedente jurisprudencial que sirvieron de sustento a su decisión, se suma la obligación de dar razones suficientes para justificar porque se optó por dicha elección interpretativa y no por otra. En Colombia, por expresa consagración legal y desarrollo jurisprudencial, los jueces están obligados a motivar debidamente sus providencias. Así, mediante la sentencia de constitucionalidad C-037 de 1996, por la cual la Corte Constitucional se pronuncia sobre la exequibilidad de Ley Estatutaria de Administración de Justicia, al referirse al principio de eficiencia, el alto tribunal sostuvo que este no sólo hace alusión a la diligencia que deben observar los funcionarios en la ejecución del procedimiento, sino también, a la calidad del contenido de los fallos que emitan, es decir, a su motivación razonable.

El artículo que fue sometido a examen de exequibilidad, afirma:

“ARTICULO 7o. EFICIENCIA. La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes

en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley”. (Subrayado fuera de texto).

En dicha oportunidad, la Corte consideró:

“Este principio (...) persigue que las providencias que se profieran en ejercicio de esa obligación, guarden directa proporción con la responsabilidad asignada a los jueces; en otras palabras, que resuelvan en forma clara, cierta y sensata los asuntos que se someten a su conocimiento (...) Por eficiencia se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, “virtud y facultad para lograr un efecto determinado”. Significa lo anterior que los despachos judiciales no sólo deben atender en forma diligente sus responsabilidades, sino que además el juez debe fallar haciendo gala de su seriedad, su conocimiento del derecho y su verdadero sentido de justicia. Se trata, pues, de una responsabilidad que, en lenguaje común, hace referencia tanto a la cantidad como a la calidad de las providencias que se profieran. Para la Corte merece especial atención este último concepto, pues la administración de justicia, al ser fundamento esencial del Estado Social de Derecho, no puede sino reclamar que sus pronunciamientos estén enmarcados por la excelencia. Así, entonces, contradice los postulados de la Constitución aquel juez que simplemente se limita a cumplir en forma oportuna con los términos procesales, pero que deja a un lado el interés y la dedicación por exponer los razonamientos de su decisión en forma clara y profunda.¹⁰² (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, este deber de motivación, no consiste en exponer una suma considerable de argumentos; de lo que se trata es que dicha justificación sea razonable, lo cual, como hemos dicho, no solamente significa que esté basada en la ley, sino, de manera prevalente, en los contenidos constitucionales.

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.*, nota 39.

En este sentido, ha dicho la Corte:

La razonabilidad se relaciona con la admisibilidad o corrección de las conclusiones a las que arriba el intérprete. No se trata, simplemente, de que tales conclusiones resulten absurdas o no, sino que las conclusiones deben ser compatibles con el marco axiológico, deóntico y consecuencialista, definido en la Constitución y en el cuerpo normativo del cual hace parte el texto interpretado.¹⁰³ (Subrayado fuera de texto).

Desde esta perspectiva, resulta preferible una providencia que sea sucinta en sus argumentos, pero que, sin embargo, sea ajustada a la ley y a los principios constitucionales; que un grueso libreto jurídico desarticulado. De gran relevancia son los apuntes de Uprimny Yepes, al referir que una “buena motivación” no es un preciosismo académico sino que deriva de la relación democrática que debe existir entre el juez y la sociedad. En este sentido, una buena motivación es importante porque:

De un lado, ella es un mecanismo de autocontrol del propio juez, ya que le debe permitir mostrar no sólo la consistencia de su decisión como la evolución del ordenamiento (respeto a la seguridad jurídica y al principio democrático) sino que su decisión es adecuada a la especificidad del asunto (búsqueda de justicia material en el caso concreto). De otro lado, ella evita tener una visión voluntarista o dogmática del derecho y de la actividad judicial, al mostrar que la “verdad” jurídica es el resultado de una deducción lógica, o una expresión del puro arbitrio judicial, sino que aparece como el resultado de la confrontación de puntos de vista en un debate argumental ritualizado. En tercer término por medio de una buena motivación el aparato judicial busca funcionar de la manera más consensual posible, al mostrar que sus decisiones deben ser acatadas, no por la amenaza de la fuerza que subyace a todo derecho,

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.*, nota 80. En el mismo sentido pueden consultarse: C.C.C., sentencia T-571 de 2007 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

sino porque ellas son razonables y están fundadas en los mejores argumentos y criterios que podría suministrarle el ordenamiento y la realidad social al juez. Y finalmente, la fundamentación permite a la sociedad –en gran parte, gracias a la crítica académica de la jurisprudencia- controlar la razonabilidad misma de la actividad de los jueces. Es pues una forma de control judicial sobre el poder judicial a fin de lograr una judicatura que no sea mecánica ni arbitraria en sus decisiones, sino democráticamente responsable”¹⁰⁴

Asimismo, la obligación de una motivación razonable comporta el deber de descubrir cuál ha sido el camino interpretativo que determinó cierta elección racional. Es decir, al juez le corresponde exponer el diseño de su estructura argumentativa, señalando las razones por las cuales arribo a determinada alternativa de interpretación, y no a otra. A este respecto, ha dicho Edgardo Villamil:

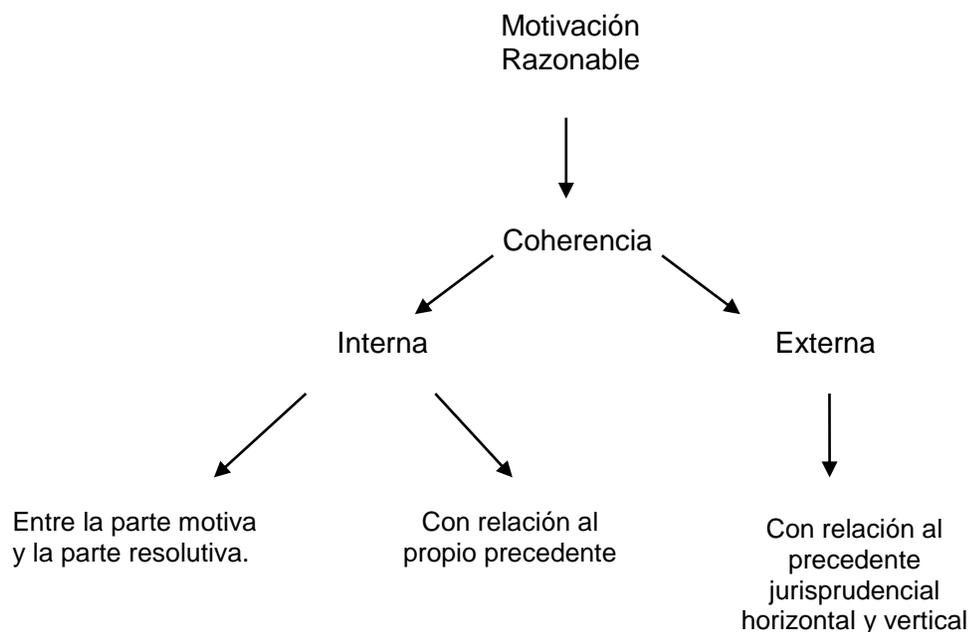
La garantía de motivación también demanda que el juez muestre cuál fue el camino recorrido, el itinerario seguido para arribar a la decisión; la garantía de motivación significa proscribir la arbitrariedad en la medida en que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la decisión pueden seguir el camino que llevó al juez a determinado tipo de solución, para así acreditar que a ella no se llegó por mera coincidencia, por un arrebató de adivinación o cuestión similar, sino siguiendo caminos que pueden ser rastreados y reconstruidos racionalmente.¹⁰⁵

Dicha estructura argumentativa, ha de guardar coherencia tanto interna como externa. La primera con relación a los argumentos presentados en la misma

¹⁰⁴ UPRIMNY Yépez, Rodrigo, *La motivación de las sentencias*, Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico Pensamiento Jurídico, No. 4, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, 1996.

¹⁰⁵ VILLAMIL, *Óp cit.*, nota 89, 31.

sentencia o en otras decisiones del mismo juez, y la segunda, con relación al precedente horizontal y vertical relacionado con el problema jurídico en cuestión.¹⁰⁶



4.2.2.1 Coherencia interna

Una argumentación se entiende razonable, cuando el texto de la providencia no incurre en contradicciones, es decir, cuando su articulación argumentativa es coherente. Desde el punto de vista interno, dicha coherencia se verifica de dos maneras:

¹⁰⁶ Diego López Medina, hace la distinción entre coherencia interna, cuando el juez decide conforme a sus propias decisiones anteriores, y, coherencia externa, cuando el juez observa el precedente de los tribunales máximos de unificación. No se refiere a la contradicción entre la parte motiva y resolutive como un problema de coherencia interna, tal como lo hemos planteado nosotros. LÓPEZ, Diego. *El derecho de los jueces*. Legis, Sexta Reimpresión, 2008, 48.

- i) Cuando existe una relación de compatibilidad entre los argumentos presentados en la parte motiva, y el sentido del fallo en la parte resolutive.
- ii) Cuando existe una relación de compatibilidad entre el sentido de la providencia y las propias decisiones anteriores del juez.

En el primer caso, una providencia se entiende mal motivada cuando la conclusión a la que llega el intérprete no es lógicamente compatible con la estructura argumentativa planteada en la parte motiva.¹⁰⁷ Este caso de incoherencia al interior del texto de la providencia, es entendido como un comportamiento caprichoso del funcionario judicial. Así lo ha señalado la Corte, al afirmar:

Con independencia del resultado del ejercicio hermenéutico, en tanto que una actividad racional, el proceso de interpretación y su soporte, ha de apoyarse en una argumentación suficiente. Uno de los elementos básicos para que una argumentación judicial se estime suficiente es que sea coherente. Es decir, que no incurra en contradicciones. Si, a partir de la interpretación de las normas N1, N2 y N3 se llega a la conclusión A, el juez tiene que asumir las consecuencias derivadas de esa conclusión A u ofrecer suficientes argumentos que justifiquen porqué, en el caso concreto, A no resulta admisible. Tales argumentos, cabe señalar, pueden basarse en otras normas N4, N5, etc. Empero, no

¹⁰⁷ Ello guarda una relación estrecha con el error sustantivo, en cuanto a que se trata de una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión. Sin embargo, he de reiterar que en el caso del error, la actuación es involuntaria, mientras que en el caso de análisis, el juez caprichosamente ofrece una resolución para el caso, de manera desarticulada y contradictoria con relación a los argumentos que supuestamente motivan el sentido de la decisión. Sobre este particular, la Corte constitucional ha establecido que cuando se presenta una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión, se configura la causal de defecto sustantivo, con lo cual procede la tutela contra providencias judiciales.

basta con citar otras disposiciones para justificar una conclusión B, sino que resulta indispensable mostrar cómo las normas N4, N5, etc., al considerarlas sistemáticamente con las normas N1, N2 y N3 imponen - lógicamente y argumentativamente- la conclusión B. Incumplir este paso implica que el juez ha tomado preferencia por una conclusión sin justificación alguna, es decir, su decisión es el resultado no de un razonamiento jurídico, sino la reproducción de “las simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver un asunto”, lo que constituye una vía de hecho.¹⁰⁸ (Subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, adujo:

Por lo tanto, la decisión judicial es **caprichosa** en aquellos eventos en que la conclusión a la que llega el intérprete no es lógicamente compatible con el contenido de la norma aplicada. Entonces, la actividad judicial debe demostrar, a través de una argumentación mínima y suficiente, que dicha conclusión puede imputarse razonablemente del texto jurídico utilizado. En caso que esta situación no pueda verificarse, se está ante un ejercicio hermenéutico indebido, que sólo pretende incluir en la decisión “las simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver el asunto”.¹⁰⁹

Con relación al segundo caso, el problema de incoherencia está sustentado en el desconocimiento del imperativo categórico de resolver cada caso de tal manera que su motivación sirva de referente para casos futuros que presenten características análogas. De esta manera, la providencia padecería de incoherencia interna, y, con ello se entendería mal motivada, si el juez resuelve el caso en forma diametralmente distinta a como ha resuelto casos precedentes de similares supuestos de hecho. En este caso el juez deliberadamente desatiende

¹⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-114 de 2002 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.*, nota 70.

su propio precedente, lo cual resulta una actuación claramente irrazonable, en tanto vulnera el principio de igualdad.

4.2.2.2 Coherencia externa

La decisión judicial ha de ser el producto final de la interlocución discursiva entre los distintos agentes que participan en la dialéctica judicial. En este proceso, al juez le corresponde exponer de manera razonada y coherente porque acoge la argumentación del agente A, y se aparta de los argumentos del agente B.¹¹⁰ Desde esta perspectiva, la decisión judicial no es obra de la iluminación del juez, sino una construcción que articula la polifonía judicial alrededor de un determinado problema jurídico. Ello significa que el juez está llamado a ampliar su perspectiva interpretativa a partir del reconocimiento de las voces de quienes han sido encargados constitucionalmente para conducir la hermenéutica jurídica del sistema de derecho; en otras palabras, a partir de los pronunciamientos

¹¹⁰ Esta idea guarda relación con la posición de Habermas de no hacer depender la racionalidad, directamente del sujeto, (en este caso, del juez) sino de la intersubjetividad (demás sujetos procesales y precedente jurisprudencial vertical y horizontal). Para Habermas, existen cuatro condiciones formales de la situación ideal de diálogo, a saber: (1) Todos los participantes en un discurso deben tener la misma posibilidad de utilizar actos de habla comunicativos...(2) Todos los participantes en un discurso deben tener la misma posibilidad de realizar interpretaciones, aserciones, recomendaciones, explicaciones y justificaciones, y de fundamentar o contradecir la pretensión de validez de las mismas...(3) Solo se admiten en el discurso hablantes que tengan, en cuanto actores, las mismas posibilidades de usar los actos de habla representativos...(4) Solo se admiten en el discurso hablantes que tengan, en cuanto actores, las mismas posibilidades de usar los actos de habla regulativos. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols. Trotta, Madrid, 2010.

jurisprudenciales de las altas cortes.¹¹¹ Dicho reconocimiento, permite verificar que la motivación de la decisión judicial es coherente desde el punto de vista externo.

En Colombia, la sujeción al precedente jurisprudencial es relativa.¹¹² El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece que los jueces, en sus providencias, sólo están obligados al imperio de la ley, y que la equidad, la jurisprudencia y la doctrina sólo son criterios auxiliares de la actividad judicial. Una lectura literal de esta disposición, nos da a entender que en Colombia el precedente jurisprudencial no es vinculante. Sin embargo, dicha disposición ha de ser matizada bajo una interpretación amplia e integral de la Carta Política, pues como se ha anotado anteriormente, el sometimiento de los jueces a la ley, implica obrar de manera prevalente conforme a los principios y valores constitucionales.

Así, en primer lugar, según el principio de cosa juzgada constitucional, consagrado en el artículo 243 de la Constitución Política de 1991, ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico que la Corte, en

¹¹¹ En el caso colombiano, la Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, el Consejo de Estado lo es en materia administrativa, y la Corte Constitucional en materia constitucional.

¹¹² La obligatoriedad del precedente jurisprudencial en Colombia, ha tenido una evolución compleja al interior de la Corte Constitucional, marcada por la lucha entre una tendencia tradicionalista defensora del sistema clásico de fuentes, y una tendencia reformista y progresista, favorecedora de la vinculación de los nuevos desarrollos del pensamiento jurídico-constitucional contemporáneo, como marco orientador de la actividad judicial en Colombia. Gracias a la consolidación del sistema de disciplina jurisprudencial (1995-2000), la Corte puede revocar los fallos de los jueces que violan o desconozcan sin adecuada argumentación, sus líneas jurisprudenciales. Para el propósito de nuestro análisis, partiremos de esta etapa de consolidación del precedente, de manera que no nos referiremos de manera exhaustiva y profunda a su evolución histórica. Un análisis riguroso sobre la evolución del precedente jurisprudencial en Colombia, es desarrollado por el Dr. Diego López Medina, *Óp. cit.* nota 106.

ejercicio de su control jurisdiccional, haya declarado inexecutable por razones de fondo. Este constituye el primer límite al ejercicio de la autonomía de los jueces con relación a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, dado que por ningún motivo, podrán aplicar normas que han sido declaradas inexecutable por el tribunal constitucional, mediante sentencias de constitucionalidad.¹¹³

Por otra parte, en numerosas sentencias la Corte Constitucional ha señalado que el precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la razonabilidad de la decisión judicial, ya que garantiza la protección de diversos principios constitucionales tales como la igualdad, la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima. En este sentido, ha señalado la Corte:

La jurisprudencia sostiene que el respeto y coherencia con sus propias decisiones no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento. A esta conclusión se ha llegado en consideración con, al menos, cinco razones: i) el principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas cierto grado de seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) La autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la

¹¹³ El artículo 243 de la Constitución Política de Colombia dispone: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y iv) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior.¹¹⁴

Pero de todos estos principios, es el principio de igualdad el que juega un especial protagonismo en el reconocimiento de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial en Colombia. En virtud de dicho principio, consagrado en el artículo 13 superior, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y merecen igual protección y trato por parte de las autoridades. En el contexto judicial, ello significa que frente a circunstancias fácticas iguales o similares a casos resueltos con anterioridad, los jueces estarían en la obligación de fallar en el mismo sentido, es decir, en ofrecer un trato igualitario a los ciudadanos que demandan el acceso a la justicia. Dicha obligación implica observar el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta.

Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia sentada por las altas Cortes como tribunales de orden superior en las diferentes jurisdicciones, no es una mera pauta auxiliar que los jueces estén en libertad de desconocer, sino más bien, un criterio de observancia ineludible en el desarrollo de su tarea interpretativa. Así, por ejemplo, con relación a la doctrina constitucional, la Corte ha señalado que su labor creadora consiste en formular principios y reglas, dado que éstos no son fuentes a descubrir sino un producto social creado judicialmente. De esta manera, el papel de la doctrina constitucional es fundamental como referente hermenéutico en la labor interpretativa de los demás jueces. En este sentido, ha dicho la Corte:

Es así como la labor creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como

¹¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 51.

parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento, mediante una labor que no es cognitiva sino constructiva, ya que estos principios y reglas no son inmanentes al ordenamiento, ni son descubiertos por el juez, sino que, como fuentes materiales, son un producto social creado judicialmente, necesario para permitir que el sistema jurídico sirva su propósito como elemento regulador y transformador de la realidad social.¹¹⁵

De igual forma, en el caso de la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la justicia ordinaria en Colombia, la doctrina probable cuenta con un especial valor normativo. Así, lo ha señalado el tribunal constitucional:

“De esta manera, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga

¹¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 49. Aunque este apartado haga alusión a la interpretación constructiva, no creemos que se esté refiriendo en forma estricta a la tesis de la interpretación constructiva de Dworkin, ya que para este autor las sentencias no son retroactivas, porque los principios que las fundan hacen parte del ordenamiento jurídico antes de ser citados en ellas; lo cual estaría en evidente contradicción con los argumentos que continúan en el párrafo de esta sentencia. Esto, sin embargo, puede tratarse de una inconsistencia teórica de la Corte, y en todo caso, al menos en nuestra revisión de jurisprudencia, no hemos constatado otra referencia a la noción de interpretación constructiva.

también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos.”¹¹⁶

Así mismo, en los asuntos que no son susceptibles de casación, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de Distrito. Ello implica, que dichas corporaciones no únicamente están obligadas a observar el precedente *vertical*, derivado de las altas cortes, sino que además han de aplicar en casos iguales o similares los mismos criterios jurisprudenciales seguidos por sus Salas en decisiones anteriores, esto es, han de observar también el *precedente horizontal*, dado que también cumplen una importante función de unificación jurisprudencial. Sobre este particular, ha dicho la Corte Constitucional:

Los Tribunales cumplen en sus respectivos Distritos Judiciales una importante función de unificación de la jurisprudencia en ámbitos no cubiertos, por razones legales, por la Corte Suprema de Justicia. En esa medida deben aplicar a casos iguales o similares los mismos criterios jurisprudenciales seguidos por sus Salas en decisiones anteriores. Para separarse razonadamente de un precedente establecido por otra Sala o por sí mismos en casos sustancialmente idénticos, los integrantes de la Corporación deben justificar de manera suficiente y razonable el cambio de criterio a fin de resguardar con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de autonomía en la interpretación judicial protegidas por la Constitución. Tratándose de jueces colegiados la garantía de autonomía e independencia les permite a los miembros discrepantes salvar su voto, pero cuando actúan como ponentes deben respetar los precedentes establecidos por la Corporación como órgano de decisión.¹¹⁷

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Ibíd.*

¹¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-571 de 2007 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien, la obligación de considerar el precedente tanto vertical como horizontal, aunque constituya un criterio de ineludible revisión, no es un deber absoluto. En primer lugar, ha de aclararse que no todo el texto jurisprudencial, constituye un criterio de interpretación obligante. Lo que se considera vinculante como precedente, es la *ratio dedicendi*, es decir, la formulación general del fundamento normativo que guarda una relación directa con la parte resolutive. No resulta obligante, en cambio, el *dictum*, esto es, toda aquella reflexión incidental adelantada por el juez que no es determinante para el sentido de la decisión. De esta manera, el juez al considerar los antecedentes jurisprudenciales, ha de tener presente que no todo el texto de la motivación de una providencia resulta precedente jurisprudencial obligatorio, sino únicamente la *ratio decidendi*.¹¹⁸

En segundo lugar, la sujeción al precedente es relativa, en tanto cada caso en particular amerita una interpretación amplia del principio de igualdad, y por lo mismo, bajo la autonomía interpretativa del juez, no siempre resulta conveniente para las partes aplicar el precedente, dado que para el caso en cuestión, la observancia del mismo podría conllevar consecuencias injustas para las partes. Así, bien puede ocurrir que sobrevengan cambios en la realidad social, política o económica del país, que constituyan una razón suficiente para que los jueces se aparten del precedente, dado que su aplicación no se compadece con las exigencias actuales. En todo caso, el desconocimiento de la jurisprudencia, impone al juez la carga de efectuar una argumentación rigurosa, suficiente y razonable, sobre la necesidad de actualizar el criterio jurisprudencial a las nuevas circunstancias; de manera que no le es dable apartarse sin más del precedente jurisprudencial aduciendo simplemente que la realidad ha cambiado:

El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser

¹¹⁸ Al respecto ver C.C.C., *op. cit.*, nota 63. Dicha providencia sostiene que son en realidad, los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto.

sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, 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 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-. De lo anterior se concluye que si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas.¹¹⁹

En el mismo sentido, adujo la Corte:

Ahora bien, es cierto que la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de la capacidad del operador jurídico para responder adecuadamente a una realidad social cambiante, y en esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal

¹¹⁹ *Ibíd.*

transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.¹²⁰

De igual forma, puede ocurrir que bajo la óptica del intérprete aunque el caso en controversia comparta supuestos similares con el precedente jurisprudencial sobre dicha materia, no resulte razonable ofrecer el mismo tratamiento, puesto que aquél contiene particularidades que ameritan un trato disímil. En estos casos, aunque se hace relativa la obligatoriedad del precedente, el juez tiene la carga de exponer debidamente las razones por las cuales se separa del criterio de los máximos tribunales.

Asimismo, puede ocurrir que el intérprete se encuentra con dos casos que, en principio, parezcan diferentes, pero que, bajo un análisis estricto, pueda equiparárseles en su tratamiento jurídico. Este caso, sin embargo, no es propiamente una cuestión de desconocimiento del precedente jurisprudencial, sino más bien de una aplicación no previsible del mismo; y, por lo mismo, requiere una argumentación jurídica sólida y consistente. Así lo ha expresado la Corte al señalar:

Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación -*tertium comparationis*- que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios

¹²⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Óp. cit.*, nota 49.

de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho.¹²¹

Sobre el mismo particular, pero con relación a la separación de la doctrina de la Corte Suprema, ha dicho la Corte Constitucional:

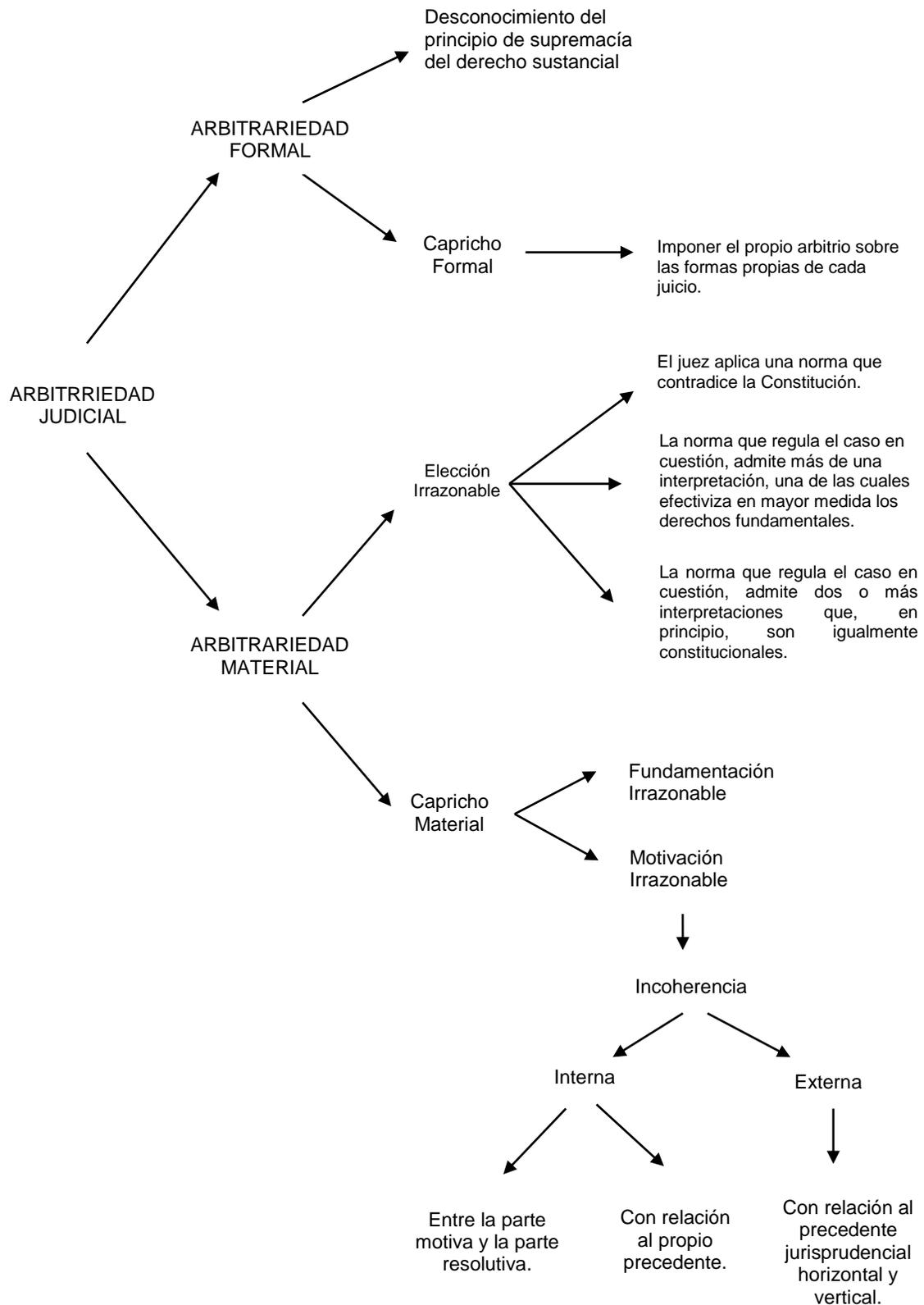
Dado que la Corte Suprema de Justicia se encuentra en el vértice de la justicia ordinaria, impone un precedente vertical del cual los jueces solo pueden apartarse, exponiendo razones poderosas, producto de un análisis y reflexión sobre los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia. Ello demanda (i) que expresamente se considere el criterio de la Corte Suprema y (ii) que se ofrezcan razones para separarse del precedente, que pueden ser: (a) que se establezca que la ratio no se aplica al caso concreto, por existir elementos relevantes en el caso que obligan a distinguir; (b) que la Corte Suprema no haya considerado elementos normativos relevantes, que alteran la admisibilidad del precedente; (c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del tribunal de Casación, basados en la discusión con tal decisión, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que mejor responde a la institución jurídica; (d) que tribunales

¹²¹ *Ibíd.*

superiores, como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hayan pronunciado de manera contraria a la postura de la Corte Suprema de Justicia; o (e) que sobrevengan cambios normativos que tornen incompatible con el ordenamiento jurídico, el precedente.”¹²²

En conclusión, podemos afirmar que en la revisión del precedente jurisprudencial, el juez debe de amparar y dar primacía en todo momento al principio de igualdad; lo cual, ha de estar suficientemente argumentado en la motivación de la decisión, en otras palabras, el principio de igualdad en la aplicación de la ley impone la prohibición de diferencias de tratamiento, las cuales de imponerse y no estar suficiente y razonablemente justificadas, se entiende que devienen del capricho judicial.

¹²² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-688 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lyneth.



CAPÍTULO V

5. ALGUNAS APRECIACIONES SOBRE LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL EN MÉXICO

5.1 Recapitulación y delimitación temática de este capítulo

Al referirnos a la noción de arbitrariedad judicial en el contexto colombiano, hemos dicho que ésta puede ser formal o material. En cuanto a la primera, dijimos que puede ocurrir en el caso de que el juez imponga su arbitrio personal sobre las formas propias de cada juicio, o, en el evento de que el juez dé prevalencia a las disposiciones de carácter formal, por encima del derecho sustancial. Con relación a la arbitrariedad material, afirmamos que ésta puede darse por desconocimiento del principio de interpretación conforme, o, por capricho judicial (material). Este último tiene que ver con la ausencia de justificación de la decisión, la cual comporta tanto la falta de fundamentación, como la motivación irrazonable de la decisión judicial. Acerca de esta última causal, sostuvimos que una decisión se estima razonable cuando posea coherencia interna (con la propia decisión) y coherencia externa (con relación a los precedentes jurisprudenciales en la misma materia). Finalmente, aseveramos que en el caso de Colombia, el precedente jurisprudencial sólo tiene vinculatoriedad relativa.

En el presente capítulo nos ocuparemos de la arbitrariedad judicial en el caso mexicano. Sin embargo, debemos precisar algunas aclaraciones antes de aproximarnos al tema en cuestión. En primer lugar, hemos de advertir que este capítulo es apenas una aproximación general al tema de la arbitrariedad judicial en México, dado que no se ocupa de manera exhaustiva del estudio de la

jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México¹²³; como si se hizo en los capítulos anteriores para abordar el análisis del caso colombiano. No obstante, el análisis aquí desarrollado, plantea futuras rutas de investigación en la materia.

De otro lado, el análisis sólo se ocupa de la arbitrariedad judicial en sentido material, que como ya se acotó anteriormente, hace referencia al desconocimiento del principio de interpretación conforme y al capricho judicial material, entendido como la no justificación razonable de las decisiones judiciales.

5.2. Desconocimiento de la supremacía normativa de la constitución

Al referirnos al caso colombiano, sostuvimos que una de las causales de arbitrariedad judicial es el desconocimiento del principio de interpretación conforme. La Corte Constitucional colombiana, ha sostenido que en virtud de este principio, ante una norma ambigua, cuya interpretación razonable admita, cuando menos, dos sentidos diversos, el intérprete debe seleccionar aquella interpretación que se adecue de mejor manera a las disposiciones constitucionales, ya que de no hacerlo, desconocería la jerarquía normativa de la Constitución, lo cual se entendería como una actuación arbitraria.

¹²³ El autor David Cienfuegos Salgado, en su artículo “*Las otras razones del arbitrio judicial*” refiere: “Por cuanto hace a la voz *arbitrio*, relacionada con la facultad decisoria, encontramos que en la octava y novena época existen más de seiscientas tesis que incorporan tal voz. Y por cuanto hace a los casos en que se cita a la *arbitrariedad*, casi siempre se refiere a la facultad de la autoridad hacendaria para la imposición de multas e impuestos. Sin embargo, encontramos dos excepciones a esta generalidad. La primera excepción se refiere a la discrecionalidad administrativa y la segunda a la discrecionalidad de los jueces de paz en el examen de los hechos y la apreciación de las pruebas. Carlos Báez, David Cienfuegos y Sergio Guerrero, (coordinadores). Estudios sobre interpretación y argumentación jurídica. 2010. México: Editora Laguna.

En el caso mexicano, el principio de interpretación conforme tiene una connotación diversa. Por un lado, el principio de interpretación conforme con la Constitución hace referencia a que una ley no debe ser declarada inconstitucionalmente nula, cuando alguna de sus acepciones pueda ser interpretada en concordancia con la Constitución.¹²⁴ De otro lado, algunos autores como Eduardo Ferrer Mac-Gregor, sostienen que la interpretación conforme tiene que ver con la integración constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado.

En palabras del autor:

“En términos generales podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizadas con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.”¹²⁵

Para este autor, la cláusula de interpretación conforme, está consagrada en el artículo 1º segundo párrafo, que a su turno, refiere: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta constitución y con

¹²⁴ Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989, p. 419. Tomado de Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2006) Elementos de Derecho Procesal Constitucional, México.

¹²⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado 03/03/2013 en sitio web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>.

los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.¹²⁶

Ahora bien, aunque se trata de concepciones diferentes, ciertamente no son contradictorias a la concepción colombiana del principio de interpretación conforme; ya que por un lado, la Corte Constitucional ha sostenido que dicho principio deberá extenderse al análisis del control de constitucionalidad; y, adicionalmente, interpretar una disposición infraconstitucional conforme a la Constitución colombiana, implica interpretarla conforme a los tratados internacionales que en materia de derechos humanos, han sido ratificados por el Estado colombiano, en virtud del bloque de constitucionalidad.

En todo caso, nos interesa rescatar el hecho de que aunque quizá no sea bajo la misma denominación dada en Colombia, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone a los jueces la obligación de preferir la aplicación de la norma constitucional frente a cualquier otra en caso de incompatibilidad. Ello está consagrado en el artículo 133 constitucional, que a su turno señala:

ARTICULO 133. Esta Constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la republica, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglaran a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en

¹²⁶ En el mismo sentido, puede consultarse a José Luis Caballero: La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio Pro Persona (artículo 1º., segundo párrafo de la Constitución) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado 03/03/2013 en sitio web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>.

las constituciones o leyes de los estados.¹²⁷

Con relación a la supremacía de la Constitución, la Suprema Corte de la Nación, ha referido los siguientes principios que en su conjunto, obligan al intérprete a reconocer en todo momento la jerarquía superior de los preceptos constitucionales:

1. *“Principio de unidad de la Constitución:* La Constitución se interpreta como un todo o una unidad, sin considerar sus disposiciones como normas aisladas.
2. *Principio de la coherencia:* no deberían tener cabida las contradicciones entre las normas constitucionales. Postula la concordancia entre las distintas normas constitucionales que protejan diferentes bienes jurídicos.
3. *Principio de la funcionalidad:* Se busca el respeto a las competencias de los distintos órganos conforme al diseño preestablecido por la Constitución. Así, ningún órgano estatal invadirá el ámbito competencial de otro, lográndose así un trabajo coordinado y armónico.
4. *Principio de la eficacia:* La interpretación debe orientarse a optimizar la eficacia de las normas constitucionales, persiguiéndose así que sus fines se realicen eficazmente.
5. *Principio in dubio pro libertate:* como la libertad pertenece al ser humano, también se utiliza la denominación *in dubio pro homine* para referirse a este principio, traducible en que, en caso de duda, ésta se dilucidará a favor de la libertad humana como garantía de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.
6. *Principio de duración de la Constitución:* su objetivo esencial es una Carta Suprema que, como texto normativo y programa político, se prolongue en el tiempo.

¹²⁷ Reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 18 de enero de 1934.

7. *Principio de respeto al régimen político consagrado en la Constitución:* Cada régimen político significa una especial concepción de la sociedad y el Estado. Así, la interpretación constitucional tenderá a afianzar el régimen político adoptado por la sociedad a través de la Constitución.
8. *Principio de la fuerza normativa de la Constitución:* da preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las relaciones constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución.
9. *Principio de interpretación conforme con la Constitución:* una ley no debe ser declarada inconstitucionalmente nula, cuando alguna de sus acepciones pueda ser interpretada en concordancia con la Constitución.”¹²⁸

En este sentido, al igual que en el caso colombiano, la disposición constitucional que obliga a los jueces a preferir la interpretación que más se corresponda con los postulados constitucionales (artículo 133 superior), constituye un criterio objetivo que limita el libre ejercicio de la autonomía interpretativa de los jueces, de manera que ante su desconocimiento, se configuraría un caso de arbitrariedad judicial.

¹²⁸ *Ibíd.* Tomado de Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*, México: 2006.

5.3. Ausencia de fundamentación

Al revisar las posibles maneras en que un juez colombiano puede desbordar los límites de su autonomía, afirmamos que uno de los casos se presenta cuando el operador jurídico impone su voluntad por encima del ordenamiento, es decir, cuando desconoce la normatividad existente que regula el caso en cuestión, y deliberadamente ofrece una solución distinta. Dicho accionar resulta arbitrario, en la medida en que la Constitución colombiana establece que los servidores públicos sólo podrán hacer aquello que la Constitución y la ley les encargan.

En el caso mexicano, los jueces deben expresar en forma precisa el precepto legal aplicable al caso, dicha carga es conocida como deber de fundamentación de las decisiones judiciales. Esta garantía de legalidad está consagrada en forma expresa en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

ARTICULO 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.¹²⁹

Esta disposición constitucional, ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así, entre otras consideraciones, ha dicho la Corte:

Por lo que hace a la fundamentación del acto de autoridad, la garantía de legalidad se cumple con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad de actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la

¹²⁹ Reformado en su integridad mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 18 de junio de 2008.

actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada.”¹³⁰

Ahora bien, hemos anotado anteriormente, que en algunos casos, aplicar la norma que regula el caso, conlleva consecuencias injustas, inequitativas e irrazonables para las partes. Para la Corte Constitucional de Colombia, este caso particular merece una excepción especial al deber de fundamentación, por lo cual, la no aplicación de la norma que regula el asunto de conocimiento, no debe entenderse como una imposición caprichosa del juez sobre el ordenamiento, sino más bien, como una elección razonable, que atiende a las posibles consecuencias del fallo, a partir de una justificación desde los principios constitucionales.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, el ejercicio discrecional de los jueces depende de la apreciación justa y racional de las circunstancias que convengan en cada caso.¹³¹ En este sentido, el deber de fundamentación consagrado en el artículo 16 constitucional, puede adquirir un horizonte interpretativo más amplio si se armoniza con el artículo 1º que da vía libre a la aplicación de los tratados internacionales en derechos humanos, y con el artículo 133 que señala la supremacía normativa de la Constitución; en la medida en que permite que el juez pueda garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de los ciudadanos, de manera razonable para cada caso en particular, y sin que su accionar se considere arbitrario.

De esta manera, si los jueces se encuentran ante la disyuntiva de que la aplicación de la normatividad que regula el caso de conocimiento, conllevaría consecuencias irrazonables y desproporcionadas para alguna de las partes;

¹³⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XI, abril de 2000, p.813, tesis P.IJ. 50/2000.

¹³¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. VII, febrero de 1991, p. 205.

quedarían en libertad de fundamentar la decisión judicial, no en normas infraconstitucionales, sino en los principios constitucionales. Así, con relación a la imposición de la sanción penal, ha dicho la Suprema Corte que el juez: “debe invocar las circunstancias y las razones por las que se considera aplicable la sanción al caso concreto; circunstancias, que se obtendrán del análisis lógico y *racional* de los datos objetivos del expediente...”.¹³²

5.4. Motivación irrazonable

5.4.1 Coherencia interna

Conforme hemos analizado anteriormente, para la Corte Constitucional colombiana, una decisión judicial se estima bien motivada, cuando no incurre en contradicciones, de manera que su argumentación jurídica resulta coherente. En este sentido, una providencia se entiende mal motivada cuando la conclusión a la que llega el intérprete no es lógicamente compatible con la estructura argumentativa planteada en las consideraciones de la providencia. Uno de los problemas de incoherencia que puede presentar una decisión judicial, resulta cuando existe incompatibilidad entre las disposiciones invocadas y las conclusiones a las que arriba el funcionario judicial. Este problema es conocido en el derecho mexicano como falta de motivación de la decisión judicial.

Por expreso mandato constitucional,¹³³ la justificación de las decisiones judiciales en México, se entiende completada con la motivación de las mismas. Así, al deber de fundamentación, es decir, de precisar la disposición normativa que da sustento a la decisión; se suma el deber de motivación, esto es, de señalar las causas o hechos que el juzgador tomó en cuenta para dictar su resolución, demostrando que se adecuan a la hipótesis de la norma en que pretende

¹³² Semanario Judicial de la Federación, t. VIII, julio de 1991, p. 181, Tomado de Op. cit., 1, 88.

¹³³ Artículo 16, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

apoyarse.¹³⁴ A este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el juez no justifica sus actos por la mera cita de preceptos en sus resoluciones,¹³⁵ sino que además, está obligado a señalar las razones por las cuales ordena, concede o niega algo, a fin de que los interesados estén en la posibilidad de hacer valer sus derechos como legalmente proceda.¹³⁶

En este sentido, para dar cumplimiento al artículo 16 constitucional, es necesario que en el mandamiento escrito se expresen:

- a) Las disposiciones legales que se consideren aplicables al caso concreto;
- b) Las causas que provoquen la actividad de la autoridad, las cuales deben ser reales y ciertas, y
- c) La adecuación entre las causas aducidas y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.¹³⁷

Con lo dicho hasta ahora, esta doble exigencia de fundamentación y motivación en la decisión judicial, parece ser suficiente frente a casos fáciles en donde al juez le basta realizar un trabajo de subsunción normativa. Sin embargo, resulta dudoso que ello pueda ser suficiente para la resolución de casos difíciles, a menos que al deber de fundamentación y motivación, establecido en el artículo 16 constitucional, se le atribuya una interpretación jurídica mucho más amplia, que armonice esta garantía de legalidad con otros principios constitucionales.

¹³⁴ Semanario Judicial de la federación, Novena Época, tomo IX, enero de 1999, p. 660, tesis VI. 2o. J/123.

¹³⁵ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo C, p.894.

¹³⁶ Semanario Judicial de la federación, Quinta Época, tomo C, p. 894.

¹³⁷ FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, Tesis, V.2º. J/32, Gaceta número 54, p.49.

5.4.2. Coherencia externa

En el capítulo anterior, al referirnos al principio de universalidad, sostuvimos que éste guarda una estrecha relación con el deber de fundamentación, ya que en la tarea de justificación de las decisiones judiciales, el juez tiene el imperativo categórico de precisar las reglas y principios que sirvieron de sustento a su decisión. Asimismo, en virtud del principio de universalidad, el juez ha de resolver el caso de tal manera que su justificación sirva de referente para casos futuros que presenten características análogas, es decir, que sirva de precedente judicial. En este sentido, afirmamos que la razonabilidad de la decisión judicial no sólo es un producto de la iluminación del juez, sino del reconocimiento que éste haga de las otras voces que participan en la polifonía judicial alrededor de un determinado problema jurídico. De esta manera, la decisión judicial no sólo debe guardar coherencia en su estructura textual, sino con relación a otras providencias judiciales que resuelven problemas jurídicos análogos.

Asimismo, señalamos que la vinculatoriedad del precedente jurisprudencial en Colombia, es relativa. En primer lugar, porque no todo el texto jurisprudencial, constituye un criterio de interpretación obligante, siendo únicamente vinculante la *ratio decidendi*, es decir, la formulación general de la argumentación jurídica que guarda una relación directa con la parte resolutive. Y, en segundo lugar, porque pueden surgir cambios en la realidad social, política o económica del país, que constituyan una razón suficiente para que los jueces se aparten del precedente, lo cual impone a éstos la carga de justificar razonablemente por qué se hace necesario actualizar el criterio jurisprudencial a las nuevas circunstancias. A este respecto, sostuvimos que el principio de igualdad en la aplicación de la ley impone la prohibición de diferencias de tratamiento, las cuales de efectuarse y no estar suficiente y razonablemente justificadas, se entiende que devienen del capricho judicial.

En este apartado, abordaremos algunas de estas cuestiones relacionadas con el estudio del precedente jurisprudencial, en el contexto mexicano.

5.4.2.1. La integración de la jurisprudencia en México

El sistema de integración de jurisprudencia en México, comprende varios procedimientos. Siguiendo a Roberto Martínez Espinoza¹³⁸, dichos procedimientos son los siguientes:

1. **Reiteración:** Es el caso del modelo tradicional propio del juicio de amparo que exige, para la integración de jurisprudencia obligatoria por los Tribunales Colegiados de Circuito, las Salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación , la reiteración de sus criterios en cinco casos continuos.
2. **Unificación.** Esta vía para la integración de la jurisprudencia se sigue en las llamadas resoluciones por contradicción de tesis, en las cuales se plantea la existencia de soluciones contradictorias entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados del Circuito o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este caso el Pleno de la Corte o sus Salas, de acuerdo con el marco competencial, determinan en abstracto, mediante el examen comparativo de los criterios tildados de contradictorios, si verdaderamente existe contradicción y, de ser así, cuál de ellos debe prevalecer con carácter obligatorio. Este sistema se observa igualmente para unificar la jurisprudencia del Tribunal Electoral.
3. **Modificación.** Las Salas de la Suprema Corte de Justicia, los ministros que las integran, los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integran, con motivo de un caso concreto pueden instar al Pleno de la Suprema Corte o a la Sala

¹³⁸ MARTÍNEZ, Roberto. Sobre la vinculación de los tribunales a sus criterios de decisión.

correspondiente, para que modifique la jurisprudencia establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación, de manera que si éstos así lo determinan, sea en abstracto mediante un procedimiento *ad hoc* o durante el examen de un nuevo caso concreto, pueden abandonar y sustituir los criterios previamente sustentados.

- 4. Precedente único vinculante.** Tratándose de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad de leyes a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, siempre que se cumplan las condiciones de votación mayoritaria que en su caso se establecen, la decisión dada a un caso determinado, tiene el carácter de precedente vinculante para los casos sustancialmente idénticos que en el futuro se presenten¹³⁹.

5.4.2.2. La vinculatoriedad del precedente jurisprudencial

La actividad constructiva de la decisión judicial se ve enriquecida a partir de los pronunciamientos de quienes han sido encargados constitucionalmente para conducir la hermenéutica jurídica del sistema de derecho, que en México, sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sobre la obligatoriedad del precedente jurisprudencial de la Corte, el artículo 43 la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a los asuntos de conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dispone:

“ARTICULO 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios

¹³⁹ Íbidem, 194.

y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales.”¹⁴⁰

De otro lado, hemos de señalar que en México se distingue la jurisprudencia propiamente dicha y las tesis aisladas -lo cual en Colombia opera bajo la denominación de *ratio decidendi* y *obiter dictum*, respectivamente-. Sólo la jurisprudencia posee carácter obligatorio, no obstante, a criterio de algunos autores, todos los precedentes resultan vinculantes si en alguna medida resultan aplicables al caso particular. Así, para Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez:

En México se hace una clara distinción entre la *jurisprudencia* y la *tesis aislada*, teniendo sólo la primera carácter obligatorio y las últimas uno *simplemente* persuasivo, no obstante es preciso indicar que todos los precedentes son vinculantes en alguna medida si resultan aplicables al caso particular. Por constituir el precedente una *respuesta jurídica presuntamente correcta*, los tribunales deben seguir las *tesis aisladas* —si en el juego argumentativo no entran otros precedentes en contrario—, en tanto carezcan de razón suficiente para apartarse de ellos; la diferencia las *tesis aisladas* y la *jurisprudencia* es que la última tiene que ser seguida por los órganos jurisdiccionales, por su carácter legalmente obligatorio, a pesar que tengan razones —incluso muy buenas— para apartar se de ello.¹⁴¹

¹⁴⁰ Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Recuperado de Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sitio web: http://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/Ley_Reglamentaria_Art105.pdf.

¹⁴¹ FERRER Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez, Rubén. Cosa Juzgada y Precedente en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2009, 254. Recuperado el 11/03/2013 de sitio web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr16.pdf>. En este artículo, los autores agregan que para aplicar un precedente (jurisprudencial o aislado) no se

5.4.2.3. La vinculatoriedad del precedente jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Siguiendo a Roberto Martínez, la Suprema Corte de Justicia de México ha sustentado en múltiples ocasiones la doctrina de que no se encuentra vinculada por sus propios criterios; así, postula como ejemplo la tesis XI/2007, en la cual el Pleno de la Suprema Corte de Justicia se limita a afirmar que de acuerdo con el sistema establecido en la Ley de Amparo no se encuentra vinculado por su propia jurisprudencia, por lo que con base en una nueva reflexión puede apartarse del precedente y adoptar un criterio distinto:

Tesis XI/2007, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación y la vinculación de ésta a sus propios precedentes: El último párrafo del artículo 197 de la ley de Amparo establece que con motivo de un caso concreto los sujetos legitimados por dicho numeral podrán solicitar al pleno o a las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la modificación de la jurisprudencia que tengan establecida. En este tenor, tratándose de la sustentada por el Tribunal en Pleno la solicitud respectiva puede formularse a partir de un caso concreto resuelto por éste, de manera que el requisito en cuestión se surte con la sola emisión del fallo correspondiente, aún cuando en éste el Pleno se haya apartado de su propia jurisprudencia, ya que conforme al sistema normativo previsto en la Ley de Amparo, el mencionado órgano jurisdiccional no está vinculado por su jurisprudencia, por lo cual está

requiere que esté formulado en una tesis sistematizada (rubro, texto, número, etcétera) o publicado en el Semanario Judicial de la Federación (u otros órganos de difusión conexos): la ley no dice que serán jurisprudencia o precedente aislado las tesis publicadas sino las *resoluciones*, aunque desde luego es mucho más difícil hallar un criterio judicial que carezca de configuración sistematizada o amplia divulgación.

facultado para, con base en una nueva reflexión, apartarse del precedente y sostener un nuevo criterio [...].¹⁴²

Para el autor, la tesis de la *nueva reflexión* conduce a una aplicación sumamente laxa de la potestad de la Corte para abandonar su precedente, lo cual puede derivar en arbitrariedad judicial, si no se establecen criterios formales que establezcan límites a dicho ejercicio discrecional de la Corte:

“Es necesario establecer además ciertas condiciones formales de posibilidad para que eso suceda y precisar en qué clase de razones puede sustentarse esa *nueva reflexión*, a fin de impedir que se vulneren los principios de igualdad ante la aplicación de la ley, que implica la exigencia de que dos sujetos ubicados en una misma posición frente al

¹⁴² Tesis XI/2007, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación y la vinculación de ésta a sus propios precedentes. Para el autor, la tesis citada, resulta de una interpretación demasiado formalista del artículo 192 de la Ley de Amparo, según el cual la jurisprudencia en Pleno de la Corte obliga a los órganos judiciales que se encuentren en grados inferiores a él en la estructura jerárquica. En otras palabras, al incluir solamente dichos órganos judiciales, la Corte queda excluida de dicha disposición, de manera que puede desconocer libremente sus propios precedentes. En el mismo sentido, el autor critica la Controversia Constitucional 3/2005 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, porque en la discusión se decide abandonar el precedente que exigía motivación reforzada a los dictámenes legislativos que niegan la ratificación a los magistrados de los poderes judiciales locales, para establecer por mayoría de cinco votos que esa clase de motivación no es necesaria por tratarse de órganos políticos. Sin embargo, en las consideraciones de la sentencia se dice que se están sujetando al precedente en cuanto a que esta clase de actos requieren motivación reforzada y además, en virtud de “*una nueva reflexión*”, se añaden nuevos estándares de motivación reforzada. La Corte decide apartarse de su propio precedente, argumentando que la motivación reforzada no es necesaria tratándose de órganos políticos. Sin embargo, ello se hace subrepticia y furtivamente, puesto que en la sentencia no encontramos ningún reconocimiento o alusión siquiera a tal desvinculación del precedente fue una discusión toral en la decisión asumida por votación mayoritaria expresa, la Corte finalmente optó por ignorar tal circunstancia en su resolución, al afirmar haber operado con criterios radicalmente contradictorios con los efectivamente aplicados.” Op. cit., 16, 199.

orden jurídico reciban un mismo tratamiento; de interdicción de la arbitrariedad, que supone la privación de efectos de los actos en los que se utilicen los poderes que el ordenamiento confiere, prescindiendo de los deberes que supone el ejercicio de tales poderes; y el de motivación de las resoluciones judiciales que implica la necesidad de justificar de manera razonable y suficiente la decisión, mediante la expresión de las consideraciones fácticas y jurídicas en las que se origina el sentido del fallo.”¹⁴³

Del mismo modo, el autor considera que la tesis de la nueva reflexión atenta contra el principio de universalidad con lo cual despoja de razonabilidad las decisiones judiciales de la Suprema Corte:

“Difícilmente podría considerarse razonable una decisión judicial que no pueda adoptarse como norma universal de la decisión en casos análogos, pues la sola negación de esa posibilidad resultaría de suyo inconsistente, dado que implica que el sistema jurídico sería incapaz de proveer soluciones análogas a los casos análogos, de donde se seguiría una indeterminación absoluta y radical del Derecho. Una característica esencial de toda norma es su carácter universal, es decir, su validez para todos los casos que presentan las mismas notas relevantes. Así, si se pretende que la premisa mayor del razonamiento judicial tenga carácter normativo, ello exige que nos sirva como criterio decisorio para el caso y para todos aquellos casos sustancialmente idénticos.”¹⁴⁴

En síntesis, el autor plantea que la vinculatoriedad de la Corte a sus propios precedentes tenga una vinculatoriedad relativa, de modo que bajo ciertas

¹⁴³ Op. Cit. 16, 196.

¹⁴⁴ *Ibidem*, 200.

condiciones sea posible escapar de su aplicación a un caso concreto. Dicha sujeción relativa implica dos cosas:

- (i) Que la separación respecto del criterio asumido en el precedente debe ser reconocida expresamente, y
- (ii) Que las razones de esa separación deben ser motivadas de un modo reforzado.¹⁴⁵

Nos parece que el planteamiento del autor es claramente compatible con el sistema de precedentes colombiano, y como el mismo lo señala en su texto, con el sistema de precedentes en España. Sin embargo, creemos que sus aportaciones no solamente han de tener alcance con relación a la vinculatoriedad del precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino para todos los jueces de las diferentes jurisdicciones. Ello significa que constituye un deber para todos los jueces el reconocer el precedente jurisprudencial tanto vertical como horizontal, referido a los casos particulares que sean de su conocimiento, así como también, constituye una potestad relativa el separarse de éstos, caso en el cual deberá exponer una argumentación jurídica razonable que justifique el por qué para el caso en concreto, decide apartarse de dicho criterio jurisprudencial.

¹⁴⁵ Con relación a la motivación reforzada ha dicho la Suprema Corte: “La [*motivación*] reforzada es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tesis P./J. 120/2009, p.1255.*

6. CONCLUSIONES

1. La idea de discrecionalidad judicial ha sido determinante para establecer rasgos propios entre las distintas teorías jurídicas, y, en esa medida, el grado de autonomía que se concede a los jueces para ejercer dicha discrecionalidad, es mayor o menor según el paradigma de decisión judicial de que se trate.
2. Puesto que estos paradigmas de decisión judicial reconocen en mayor o menor grado, la necesidad del ejercicio discrecional de los jueces; surgen como paradigmas emergentes que se oponen al modelo formalista, según el cual el Derecho es un sistema completo, y, por tanto, no hay ni debe haber lugar a la discrecionalidad judicial.
3. Para la tradición formalista, los jueces no crean derecho, se limitan a aplicarlo, de manera que no puede haber lugar a la discrecionalidad judicial. Ello significa, que el sistema jurídico es completo e integrado por normas generales de carácter condicional, cuyos contenidos especifican ciertas circunstancias a las que se asocian determinadas consecuencias normativas.
4. El realismo jurídico, jugó un papel importante en cuestionar el método convencional de comprensión del derecho sustentado en las ideas del formalismo. En sentido general, dicha reacción consistió en un rechazo a un tipo de aplicación jurídica en donde las decisiones judiciales que se pronuncian sobre casos particulares, debían estar justificadas única y exclusivamente por las normas jurídicas preexistentes; contribuyendo a gestar un interés por el análisis del razonamiento judicial y la necesidad técnica de la discrecionalidad

judicial. Para los realistas, lo único que importa en la comprensión de la naturaleza del derecho es lo que hacen los tribunales, y la posibilidad de predecirlo. En este sentido, el objeto de estudio de la teoría jurídica, es investigar el curso de las decisiones judiciales y sus efectos en la vida de los hombres.

5. De acuerdo al modelo de discrecionalidad fuerte de H.L.A. Hart, el ejercicio de la discreción judicial está justificado por la presencia de casos difíciles, caracterizados por la existencia de varios cursos de acción jurídicamente correctos o la inexistencia de éstos, de lo cual se colige la imposibilidad de la única respuesta correcta.
6. Bajo el modelo de discrecionalidad débil propuesto por Ronald Dworkin, la actividad discrecional de los jueces sólo debe reducirse al juicio y discernimiento del intérprete para identificar la única respuesta correcta, cuando la literalidad del texto jurídico no ofrece una respuesta clara o evidente.
7. El alcance que la Corte Constitucional de Colombia le ha dado al principio de autonomía interpretativa de los jueces, es correlativo al papel protagónico de la administración de justicia en la realización de los fines del Estado Social de Derecho, o lo que es lo mismo, dado que los jueces en Colombia juegan un rol protagónico en la realización de los fines constitucionales, su actividad judicial opera dentro de un amplio margen de autonomía interpretativa que sólo está limitada por el ordenamiento jurídico, y de manera prevalente por los principios y valores constitucionales.
8. El que la autonomía interpretativa de los jueces esté limitada por los postulados constitucionales, no debe entenderse sólo como una restricción sino también como una garantía especial que dinamiza el

papel creador del juez en la justificación de las decisiones judiciales. De hecho, si no existiera este límite constitucional, los jueces quedarían sometidos a la rigidez interpretativa de las leyes, y su autonomía sería mucho más restringida. De este modo, aunque la Constitución se presente como un marco regulativo, constituye a su vez una herramienta de los jueces para ampliar su horizonte interpretativo y justificar razonablemente sus decisiones judiciales, dotándolos de un enorme poder discrecional.

9. La regulación constitucional al ejercicio autónomo de la actividad judicial, no sólo se agota en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, -que específicamente se refiere a la autonomía judicial-, sino que todo el cuerpo constitucional, en especial sus principios y valores, constituyen límites, garantías y criterios que determinan el margen de acción de los jueces. En este sentido, el alcance de la autonomía judicial en Colombia, ha de interpretarse a la luz de principios constitucionales tales como independencia judicial, interpretación conforme, primacía de los derechos fundamentales, dignidad humana, prevalencia del derecho sustancial, igualdad, seguridad jurídica y cosa juzgada, buena fe y confianza legítima, legalidad, debido proceso, acceso a la justicia, entre otros.

10. La trascendencia que cobran los principios y valores constitucionales en el razonamiento judicial, determina que aunque el principio de autonomía interpretativa debe ser revestido de especiales garantías, su protección no puede ser absoluta, ya que si el juez tuviera una absoluta liberalidad en su ejercicio a tal punto que fuera admisible cualquier tipo de interpretación, sus decisiones judiciales podrían resultar arbitrarias. De esta manera, en un Estado Social de Derecho, el principio de autonomía interpretativa, es y debe ser relativo.

11. El poder discrecional de los jueces en Colombia, ha sido reconocido por el tribunal constitucional colombiano, al admitir que aunque las leyes son indispensables en la regulación de un vasto abanico de conductas sociales; son insuficientes para abarcar todas las posibles situaciones fácticas que ameriten regulación, con lo cual se hace necesaria la intervención del juez en la creación de derecho.

12. El que la Corte Constitucional colombiana, reconozca la indeterminación parcial del derecho y con ello justifique la labor discrecional de los jueces, implica que implícitamente niega la tesis de la única respuesta correcta. Así, la Corte ha señalado la posibilidad fáctica de la versatilidad de interpretaciones que conjugan en la resolución de una misma cuestión jurídica. En el mismo sentido, al referirse a la textura abierta de las normas constitucionales, la Corte ha sostenido que al juez no le corresponde hallar una única solución al caso que debe resolver. Finalmente, la Corte ha afirmado que el problema de la tesis de la única respuesta correcta no es determinante en la decisión judicial, con lo cual, incluso parece desconocer el carácter regulativo de dicha tesis.

13. Para la Corte Constitucional de Colombia, el papel creador de los jueces en el Estado Social de Derecho, más que poner en riesgo el principio de la división de poderes, garantiza la colaboración armónica que debe existir entre los mismos para el logro de los fines constitucionales. De igual modo, si bien la Corte admite que en ocasiones la discrecionalidad judicial resulta inevitable, refiere que esta no puede ser absoluta, sino más bien intersticial, es decir, que sólo puede tener lugar en el marco de decisiones judiciales que resuelvan casos particulares.

14. El hecho de que en numerosas sentencias la Corte Constitucional de Colombia, ha destacado de manera preponderante el papel de los principios y valores en el razonamiento jurídico y en el proceso de adjudicación, no significa que ésta se separa del paradigma de discrecionalidad Hartiano, y por ello se adhiera al modelo débil de discrecionalidad de Dworkin. Aunque, obviar el papel de los principios no es una omisión menor en la teoría de Hart, tampoco se trata de un aspecto que afecte sustancialmente su modelo fuerte de discrecionalidad, y por lo mismo, no es un argumento consistente para cuestionar que el tribunal constitucional colombiano se acopla a dicho paradigma.

15. La tarea interpretativa de los jueces, consiste en atribuir un sentido razonable a los problemas jurídicos que sobrevienen en la resolución de casos. El reconocimiento de los valores y principios constitucionales definen la corrección de las decisiones judiciales, de manera que su aplicabilidad no se reduce a ser meras pautas auxiliares, que el intérprete esté en libertad de reconocer o no, sino más bien, pautas de observancia ineludible.

16. Al constituir criterios de corrección que definen la razonabilidad de las decisiones judiciales, la consideración de los principios constitucionales resulta tan imprescindible, que de no reconocerse, se pondría en duda la existencia misma de la decisión judicial; puesto que a criterio de la Corte, una decisión judicial es por definición autónoma y razonable, de manera que si en el ejercicio interpretativo, los jueces desconocen los principios constitucionales, no podría hablarse lógicamente de una decisión judicial, sino, sencillamente de un acto de arbitrariedad.

17. Toda actuación caprichosa es arbitraria pero no toda actuación arbitraria es caprichosa. Una decisión caprichosa siempre es arbitraria dado que es producto del libre albedrío, pero, con una peculiaridad, y es que deviene deliberadamente de inclinaciones, prejuicios o motivaciones personales, que determinan el sentido de la decisión. Las actuaciones arbitrarias no sólo obedecen al capricho, ya que también puede ser producto de la sola voluntad, es decir, de la libre determinación sin atención a ningún tipo de preferencias subjetivas.

18. La arbitrariedad judicial, tiene que ver con la falta de razonabilidad en la decisión judicial, la cual obedece a la inobservancia de normas de mayor jerarquía. Puede ser formal o material. La arbitrariedad formal se presenta cuando el operador jurídico deliberadamente impone su propio arbitrio sobre las formas propias de cada juicio (capricho formal); o, cuando decide dar prevalencia a las disposiciones de carácter formal, desconociendo el derecho sustancial.

19. La arbitrariedad material puede obedecer al desconocimiento del principio de interpretación conforme, o configurar el capricho material. El respeto al principio de interpretación conforme, implica para el operador jurídico la obligación de descartar cualquier disposición normativa que contraría los contenidos constitucionales, lo cual puede hacer, amparado en la excepción de inconstitucionalidad. En el caso de que una misma disposición normativa, ofrezca varias posibilidades de interpretación distintas, el juez ha de elegir aquella alternativa que más se ajuste a los contenidos constitucionales y garantice el respeto de los derechos fundamentales de las partes. Finalmente, si el operador jurídico se encuentra frente a una disposición normativa que admite más de una interpretación, pero, en principio, todas las posibilidades aprueban el examen de constitucionalidad, el juez,

deberá escoger en forma razonada aquella alternativa interpretativa que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto.

20. Una de las causales de capricho judicial material, es el desconocimiento deliberado de normas de menor jerarquía. En este caso, el juez desborda irrazonablemente los límites de su autonomía, al pretender imponer su voluntad por encima de la normatividad existente que regula el caso en cuestión, y ofrecer deliberadamente una solución que no guarda conexión con dicho marco legal.

21. En Colombia, por expresa consagración legal, y desarrollo jurisprudencial, los jueces están obligados a motivar debidamente sus providencias. Dicha motivación no consiste en exponer una lista larga de argumentos, sino de que dicha justificación sea razonable, lo cual, como hemos dicho, no solamente significa que esté basada en la ley, sino, de manera prevalente, en los contenidos constitucionales. Así mismo, la exigencia de una motivación razonable, comporta para el operador jurídico, el deber de descubrir cuál ha sido el camino interpretativo que determinó su elección racional. Dicha estructura argumentativa, ha de guardar coherencia tanto interna como externa. La primera con relación a los argumentos presentados en la misma sentencia o en otras decisiones del mismo juez, y la segunda, con relación al precedente horizontal y vertical relacionado con el problema jurídico en cuestión.

22. Una providencia carece de coherencia interna cuando la conclusión a la que llega el intérprete no es lógicamente compatible con la estructura argumentativa planteada en la parte motiva. En este caso, el capricho en la decisión judicial se deriva de la incompatibilidad entre

las disposiciones invocadas y las conclusiones a las que arriba el funcionario judicial.

23. Una motivación razonable, supone para el Juez, el reconocimiento de las voces de los distintos agentes que participan en la dialéctica de la decisión judicial. Desde esta perspectiva, una decisión judicial, no es un producto de la iluminación del funcionario judicial, sino una respuesta articulada de la polifonía judicial alrededor de un determinado problema jurídico. Por esta razón, resulta fundamental que el operador jurídico, enriquezca su horizonte interpretativo a partir de las voces de quienes han sido encargados constitucionalmente para conducir la hermenéutica jurídica del sistema de derecho. De dicho reconocimiento se deriva que la decisión judicial posea coherencia externa.

24. El deber de motivación de las decisiones judiciales, implica para el juez la enunciación expresa de las reglas, principios o precedente jurisprudencial, que sirvieron de sustento a su decisión. Adicionalmente, los jueces deben resolver el caso de tal manera que su fundamentación sirva de referente para casos futuros que presenten características análogas. Estas dos condiciones, guardan conexión con el principio de universalidad y el imperativo categórico kantiano.

25. Para la Corte Constitucional de Colombia, el precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la racionalidad de la decisión judicial, ya que garantiza la protección de diversos principios constitucionales, pero en especial del principio de igualdad, ya que en virtud de dicho principio, frente a circunstancias fácticas iguales o similares a casos resueltos

con anterioridad, los jueces estarían en la obligación de fallar en el mismo sentido. Dicha obligación implica observar el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta.

26. Al revisar el precedente horizontal y vertical, los operadores jurídicos deben considerar que no todo el texto jurisprudencial, constituye un criterio de interpretación obligante. Lo que se considera vinculante como precedente, es la *ratio decidendi*, es decir, la formulación general del fundamento normativo que guarda una relación directa con la parte resolutive. No resulta obligante, en cambio, el *dictum*, esto es, toda aquella reflexión incidental adelantada por el juez que no es determinante para el sentido de la decisión.

27. La obligatoriedad del precedente no es irrestricta, en tanto una interpretación amplia del principio de igualdad para el caso en cuestión, podría llevar a la conclusión de que la observancia del precedente redundaría en consecuencias injustas para las partes. Ello requiere de un análisis juicioso del problema jurídico en cuestión, e impone al juez que pretende apartarse del precedente, la carga de exponer debidamente las razones por las cuales se separa del criterio de los tribunales encargados de unificar jurisprudencia. En otras palabras, el principio de igualdad en la aplicación de la ley impone la prohibición de ofrecer un trato diferente a las personas; de manera que de imponerse dicho trato diferencial y no estar suficiente y razonablemente justificado, se entiende que devienen del capricho judicial.

28. Al igual que en el caso colombiano, la disposición constitucional que obliga a los jueces a preferir la interpretación que más se corresponda

con los postulados constitucionales (artículo 133 superior), constituye un criterio objetivo que limita el libre ejercicio de la autonomía interpretativa de los jueces, de manera que ante su desconocimiento, se configuraría un caso de arbitrariedad judicial.

29. El deber de fundamentación consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puede adquirir un horizonte interpretativo más amplio si se armoniza con el artículo 1º que da vía libre a la aplicación de los tratados internacionales en derechos humanos, y con el artículo 133 que señala la supremacía normativa de la Constitución; en la medida en que permite que el juez pueda garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de los ciudadanos, de manera razonable para cada caso en particular, y sin que su accionar se considere arbitrario.

30. La exigencia de fundamentación y motivación en la decisión judicial, parece ser suficiente frente a casos fáciles en donde al juez le basta realizar un trabajo de subsunción normativa. Sin embargo, resulta dudoso que ello pueda ser suficiente para la resolución de casos difíciles, a menos que al deber de fundamentación y motivación, establecido en el artículo 16 constitucional, se le atribuya una interpretación jurídica mucho más amplia, que armonice esta garantía de legalidad con otros principios constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Colección: El Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Constitucionales., Madrid, 1989.

_____, *Derecho y Razón Práctica*. Fontamara. México, 2010, 13.

ARNIO Aulis, La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Revista Doxa No. 8, 1990.

ATIENZA. Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona, Ed. Ariel, 2006.

CABALLERO, José Luis. La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio Pro Persona (artículo 1º., segundo párrafo de la Constitución). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado 03/03/2013 en sitio web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>.

CARACCIOLO, Ricardo. *“Paradigmas de Discrecionalidad Judicial”*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2011.

CÁRDENAS Gracia, Jaime. *La argumentación como derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tercera Reimpresión, México, 2010.

CASANOVAS Pompeu y José Juan Moreso. *“El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo”*, Barcelona, Ed. Crítica.1994.

CIENFUEGOS Salgado, David. *“Las otras razones del arbitrio judicial”* en Estudios sobre interpretación y argumentación jurídica. 2010. México: Editora Laguna.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado 03/03/2013 en sitio web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>.

_____, y Sánchez, Rubén. Cosa Juzgada y Precedente en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2009,

254. Recuperado el 11/03/2013 de sitio web:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr16.pdf>.

HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols. Trota, Madrid, 2010.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. 2ª. Ed., Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

_____, "Postscriptum", en "La decisión judicial: El debate Hart - Dworkin. Estudio Preliminar Cesar Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.

_____, "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño.", en "El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo", Barcelona, Crítica, Grupo Grijalbo Mondadori, 1994.

IGLESIAS Vila, Marisa. *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1999.

LIFANTE, Isabel. "Dos conceptos de Discrecionalidad", en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 25, 2002.

LINARES Sebastián. La independencia judicial: conceptualización y medición. En: *Revista Política y Gobierno*, División de Estudios Políticos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Vol. XI, Núm.1, México, 2004, 73-126.

LÓPEZ Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Legis, Bogotá, Sexta Reimpresión, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

MARMOR, Andrei. "Interpretación y teoría del derecho", Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.

MARTÍNEZ, Roberto. Sobre la vinculación de los tribunales a sus criterios de decisión. En *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídica*. 2010. México: Editora Laguna.

NIETO Alejandro, *El arbitrio Judicial*. Ariel S.A. Barcelona, 2000, 365-368.

PERELMAN Chaim. *Éthique et Droit*, Edition de L' universite de Bruxelles.1990, 338.

PRIETO Sanchís, Luis. *Notas sobre la interpretación constitucional*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales. No 9. Madrid, mayo agosto de 1991.

RODRÍGUEZ, Cesar, *La Decisión Judicial: El debate Hart- Dworkin*, 4ª reimpresión, Bogotá, Siglo Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2002.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*, México, 2006.

UPRIMNY Yépez, Rodrigo, *La motivación de las sentencias*, Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico Pensamiento Jurídico, No. 4, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, 1996.

_____, "El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal". Universidad Nacional de Colombia, 2005.

VIGO, Rodolfo, *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

VILLAMIL Portilla Edgardo, *La estructura de la Sentencia Judicial*, en Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial en Colombia, Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

FUENTES LEGISLATIVAS

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Ley Estatutaria de Administración de Justicia de Colombia 270 de 1996.

FUENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- **Sentencias de Constitucionalidad:**

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1287 de 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1026 de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-836 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-037/1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-224 de 1994 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejia.

- **Sentencias de Tutela:**

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-389 de 2009, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 589 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-571 de 2007 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-330 de 2005 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1130 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-688 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1123 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-780 de 2002, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, T-546 de 2002, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-114 de 2002 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1306 de 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1009 de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1017 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte constitucional de Colombia, sentencia T-800 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte constitucional de Colombia, sentencia T-001 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-600 de 1998, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-321 de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-073 de 1997, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-231 de 1994, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-198 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 079 de 1993 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-368 de 1993, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-543 de 1992, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

- **Sentencias de Unificación:**

Corte Constitucional de Colombia, SU-047 de 1999, Ms.Ps. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU - 1185 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

FUENTES JURISPRUDENCIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XI, abril de 2000, p.813, tesis P.IJ. 50/2000.

Semanario Judicial de la Federación, t. VIII, julio de 1991, p. 181, Tomado de Op. cit., 1, 88.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. VII, febrero de 1991, p. 205.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989, p. 419.

Semanario Judicial de la federación, Novena Época, tomo IX, enero de 1999, p. 660, tesis VI. 2o. J/123.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo C, p.894.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, Tesis, V.2º. J/32, Gaceta número 54, p.49.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tesis P./J. 120/2009, p.1255.

REFERENCIAS DE INTERNET:

<http://www.rae.es/rae.html> consultada el 14 de octubre de 2012 a las 6:30pm.