

## **LA ACTIVIDAD JUDICIAL. EL TEXTO FRENTE A LA REALIDAD\***

*Lina Marcela Escobar-Martínez\*\**

### **RESUMEN**

Este artículo surge en el desarrollo del proyecto de investigación denominado “El uso de los argumentos por parte de los órganos judiciales de cierre en Colombia”, dentro de la línea de justicia constitucional y sociedad del grupo Estudios de Derecho Público, dirigido por la profesora Lina Marcela Escobar Martínez, PHD. y cuyos investigadores son: Germán A. González Herrera, Vicente F. Benítez Rojas, Tomás Bustamante Bohórquez, Juan David Solorza Martínez, Julián Daniel González Escallón y Mario E. Vargas Gutiérrez. Es un artículo de revisión que brinda algunos avances en cuanto al marco teórico y su aplicación al caso concreto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, por tal motivo no se exponen resultados definitivos desde el punto de vista teórico y práctico, la investigación inicio en enero del año 2007 y pretende terminarse a finales del año 2008 y es financiada por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

El artículo entonces se divide en partes, la primera dedicada a esbozar el imaginario del juez y la función judicial; la segunda, a un avance de los resultados encontrados en la jurisprudencia de la CSJ en materia de interpretación y argumentación; la tercera, dedicada a una exposición acerca de la ética judicial y la última parte está dedicada a confrontar

Fecha de recepción: Noviembre 15 de 2007  
Fecha de aceptación: Diciembre 1 de 2007

- 
- \* Al ser este artículo fruto del trabajo del grupo de investigación, trato de conservar en lo posible los aportes de los estudiantes en cuanto a su visión y percepción sobre el tema objeto de estudio, pues la investigación es una creación conjunta de conocimiento y considero que los artículos deben respetar el proceso de su gestación, sin imponer un solo estilo narrativo o peor aún una posición basada tan solo en un argumento de autoridad.
  - \*\* Abogada Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid. Doctora en derecho de la Universidad del País Vasco. Actualmente es profesora investigadora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y lidera el grupo de investigación en estudios de derecho público reconocido por Colciencias, categoría A. Contacto: [lmescobar@javeriana.edu.co](mailto:lmescobar@javeriana.edu.co)

el texto con la realidad tomando como base unas sentencias de la Sala de Casación Civil colombiana, resaltando, que la investigación se ocupa de un análisis de la jurisprudencia dada por las tres salas de casación (civil, penal y laboral) dentro del período del 2002 al 2006, pero que por efectos prácticos aquí sólo se ejemplificarán algunos casos civiles.

**Palabras clave:** jueces, Corte Suprema de Justicia, ética judicial, argumentación, interpretación.

## **JUDICIAL ACTIVITY: TEXT VERSUS REALITY**

### **ABSTRACT**

*This article arises in the development of the research project named "Legal Reasoning in the Colombian High Courts" within the line of constitutional and society justice of the group of studies of Public Law under the direction of Professor Lina Marcela Escobar Martínez, PhD, in which the researchers are: Germán A. González Herrera, Vicente F. Benítez Rojas, Tomás Bustamante Bohórquez, Juan David Solorza Martínez, Julián Daniel González Escallón, and Mario E. Vargas Gutiérrez. It is a review article that shows some advances as for the theoretical frame and its application to the concrete case of the judgments of the Colombian Supreme Court of Justice; thus definite results from the theoretical and practical point of view are not presented here; the research began in January of 2007 and is sought to be finished in 2008 and has been financed by Facultad de Ciencias Jurídicas of Pontificia Universidad Javeriana.*

*The article is divided into four main parts: the first one is dedicated to outline the imaginary of the judge and the judiciary; the second one shows the results found in the judgments of the Supreme court as for interpretation and argumentation; the third one explains the judicial ethics, while the last one confronts reality with the text of the norm, taking as an example a few cassation judgments in the Civil Law room of the Supreme Court. It is important to highlight that the complete research deals with an analysis of the judgments given by three rooms of cassation (civil, penal and labor) between 2002 and 2006; however, for practical effects, in this article we only exemplify civil cases.*

**Key words:** judge, Colombian Supreme Court of Justice, judicial ethics, argumentation, interpretation.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo surge en el desarrollo del proyecto de investigación denominado “El uso de los argumentos por parte de los órganos judiciales de cierre en Colombia”, dirigido por la profesora Lina Marcela Escobar Martínez, PHD, el cual se lleva a cabo dentro del grupo de investigación “Estudios de derecho público” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana-Bogotá, escalafonado en categoría A por Colciencias.

Al ser este un producto inicial de la investigación desarrollada por los estudiantes Germán A. González Herrera, Vicente F. Benítez Rojas, Tomás Bustamante Bohórquez, Juan David Solorza Martínez, Julián Daniel González Escallón y Mario E. Vargas Gutiérrez, es un artículo que brinda algunos avances en cuanto al marco teórico y su aplicación al caso concreto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, por tal motivo, no se exponen resultados definitivos desde el punto de vista teórico y práctico.

El objetivo de la investigación es identificar la forma y el manejo de las fuentes, argumentos y técnicas jurídicas que realiza el juez mediante sus sentencias, sin embargo, este artículo se limita a plantear las vicisitudes que surgen al enfrentar los enfoques teóricos y prácticos, teniendo como referente algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia Colombiana. Para ello se revisaron varias obras nacionales e internacionales en las áreas de derecho constitucional y filosofía del derecho, así como una muestra de sentencias con el fin de confrontar el texto y la realidad, mediando en ello las concepciones y preconcepciones que a lo largo de la formación del abogado y del ejercicio de la profesión se van generando acerca del papel y la función de un juez en el Estado social de derecho y más concretamente en el caso colombiano.

El artículo entonces se divide en partes, la primera dedicada a esbozar el imaginario del juez y la función judicial; la segunda, a un avance de los resultados encontrados en la jurisprudencia de la CSJ en materia de interpretación y argumentación; la tercera, dedicada a una exposición acerca de la ética judicial y la última parte está dedicada a confrontar el texto con la realidad tomando como base unas sentencias de la Sala de Casación Civil colombiana, siendo de resaltar, que la investigación se ocupa de un análisis de la jurisprudencia dada por las tres salas de casación (civil, penal y laboral) dentro del período del 2002 al 2006, pero que por efectos prácticos aquí solo se ejemplificarán algunos casos civiles.

## METODOLOGÍA

El estudio jurisprudencial tendrá diversas fases, la primera consiste en la recolección de la información, para tal efecto se revisarán todas las sentencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana desde el año 2002 hasta el mes de diciembre del año 2006; posteriormente, la organización de la información se realizará mediante la conformación de un listado completo de las sentencias, clasificándolas por tipos de argumentos usados en ellas, fallo, magistrado ponente y si posee o no salvamento o aclaración de voto. Finalmente, una vez organizada la información, se procederá a la sistematización de la misma, mediante la creación de una base de datos, con el fin de realizar posteriormente el análisis propuesto y dar lugar a la búsqueda de las respuestas para las preguntas de carácter práctico que nos formulamos en esta investigación, de tal suerte que puedan comprobarse mediante estadísticas.

## ELEMENTOS TEÓRICOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PROBLEMA

### I. EL IMAGINARIO DEL JUEZ Y LA FUNCIÓN JUDICIAL

El juez, a nuestro juicio, es una persona<sup>1</sup> que entre su biblioteca leída y años de preparación toma una decisión en el caso que tiene bajo estudio, cuestión que está determinada por las columnas de la legislación. Un juez es un personaje que entra en el mundo jurídico con vocación de seguir coloreando el mapa que delineó el legislador.

Tanto los estudiantes como los operadores jurídicos se preguntan ¿qué significa ser juez?, y la respuesta puede estar mediada por concepciones románticas o idealistas, en donde este representa una persona culta y preparada que aplica “justicia” a la hora de resolver los casos. Sin embargo, con el paso del tiempo, las transformaciones del derecho, sus enfoques y necesidades, así como por la crisis del mito del legislador racional<sup>2</sup> y el traslado de la confianza del pueblo a los mecanismos concretos de protección de derechos, el papel del juez en las

- 1 Al hablar de persona hay detrás de él un universo de sentimientos, de experiencias... por ello un juez no puede entenderse como un mero operador mecánico de la legislación, pues la forma como use las normas será para satisfacer sus pensamientos, sus necesidades emocionales. Estas consideraciones se oponen a la simbología tradicional del juez, en la cual este debía ser un aplicador imparcial y pasivo de reglas preexistentes. Por el contrario, siguiendo a López, un juez actual debe estar en consonancia con las teorías realistas de HUTCHESON que ubican al juez como un sujeto pasional: “Bajo esta imagen del juez, lo importante no resulta ser ahora la fría distancia frente al caso, sino la investigación apasionada e impulsiva de la equidad concreta del caso. El juez, no es pues, imparcial o ciego frente al caso, sino que debe desplegar la pasión de quien desea un resultado justo”. Al respecto véase, LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Editorial Legis, 2006, p. 315.
- 2 Sobre el Estado legislador ver: GARCÍA de ENTERRÍA, EDUARDO; *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Cizur Menor, Navarra, Thomson-Civitas, 2007; ALARCÓN REQUEJO, GILMER, *Estado de derecho, derechos humanos y democracia: pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Madrid, Dykinson, D.L., 2007; GALIANA SAURA, ÁNGELES, *La legislación en el Estado de derecho*, Madrid: Dykinson, 2003, entre otros.

sociedades contemporáneas se redimensiona, llegando incluso a crearse el concepto de activismo judicial<sup>3</sup>.

Un enfoque pragmático bajo la teoría clásica de la concepción del juez predica el análisis de la jurisprudencia sobre conceptos y contenidos concretos, inspirados en la preocupación por la eficacia del derecho. Sin embargo, a la luz de las teorías realistas<sup>4</sup> las decisiones de los jueces no solo importan al jurista o estudiante de derecho sino a toda la comunidad, en la medida en que producen efectos políticos, sociales y económicos de gran trascendencia nacional que inevitablemente afectan a los ciudadanos.

Debemos recordar entonces que tradicionalmente se ha dicho que la actividad judicial se limita únicamente a aplicar el derecho existente, usualmente por medio de un clásico silogismo aristotélico, respetando al máximo la órbita del legislador, sin crear derecho. De esta forma se mantiene un discurso en el cual la creación de derecho por parte de los jueces es mal vista por ir en contravía de la clásica teoría sobre la separación de poderes y el principio democrático representado en la voluntad del legislador. Por esto, cualquier fallo o sentencia que no se ajuste a la literalidad de los textos jurídicos es visto como una usurpación del poder legislativo y como un exabrupto del sistema jurídico europeo-continental, donde la jurisprudencia es una fuente de derecho meramente auxiliar como contrapeso de lo que sucede con la ley, fuente primaria por excelencia al ser supuestamente manifestación de la voluntad del pueblo.

Por otra parte, el realismo jurídico nos plantea no solo un estudio de la función judicial como ejercicio de aplicación concreta del derecho, en situaciones de conflicto, sino que nos invita a reflexionar sobre el juez como persona, cobrando importancia incluso su vida privada en la medida en que condicionan su actuación por las preconcepciones que se forman acerca de la vida y del derecho. Al respecto el profesor MALEM señala:

*“Respecto de jueces y magistrados, advertir algunos aspectos de sus vidas privadas adquiere un valor especial en la medida en que tales funcionarios deben aplicar el*

- 3 Al respecto ver las obras de: GRIFFITH, J. A. G., *The politics of the judiciary*, London: Fontana, 1997; ABRAHAM HENRY J., *The judicial process: an introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France*, New York; Oxford: Oxford University Press, 1993; PURCELL, EDWARD A., JR. New Haven, *Brandeis and the progressive constitution: Erie, the judicial power, and the politics of the federal courts in twentieth-century America*; London: Yale University Press, 2000; IGARTUA-SALAVERRÍA, JUAN, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid: Civitas, 1998.
- 4 Dentro de las diversas teorías realistas que expone LÓPEZ, adquiere especial importancia la de JEROME FRANK, el cual destruye los factores estabilizadores del derecho jurisprudencial al admitir que las reglas de derecho preexistentes no preordenan una determinada decisión jurídica, véase, LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Editorial Legis, 2006, p. 312. Sobre el realismo jurídico ver las obras: TORRES FERNANDO (Ed.), *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*, Valencia: 1981; HERVADA JAVIER, *¿Qué es el derecho?: la moderna respuesta del realismo jurídico: una introducción al derecho*, Pamplona: EUNSA, 2002; GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México: Fontamara, 2004.

*derecho de una forma independiente e imparcial y hay que asegurar que sus acciones institucionales no se vean torcidas por aspectos idiosincrásicos o por sus relaciones personales o sociales”<sup>5</sup>.*

Así entonces, se puede afirmar que en el campo de la justicia y concretamente en las sentencias es posible realizar un análisis de la personalidad del juez, y de las distintas concepciones del derecho que confluyen en los tribunales y en los órganos de cierre de la jurisdicción, pues son decisiones generalmente tomadas en consenso mas no siempre en unanimidad, razón por la cual se hacen necesarios los salvamentos y aclaraciones de votos<sup>6</sup>. En Colombia, a raíz de la creación de la Corte Constitucional en 1991, la jurisprudencia comenzó a captar un especial interés por parte de los estudiantes y los docentes, así como de los operadores jurídicos en general, quizá porque se hicieron más explícitas las manifestaciones de la constitucionalización<sup>7</sup> del derecho mediante la aplicación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales<sup>8</sup>, pero es necesario recordar que dicho proceso no fue iniciado en 1991, pues la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, bajo la Constitución de 1886 ya realizaban en ejercicio de sus facultades de control constitucional, interesantes y valiosos aportes en torno al papel del juez y la formación del mismo, así como de la modulación de sentencias<sup>9</sup>.

No obstante lo anterior, es innegable que la Corte Constitucional ha evidenciado las tensiones ideológicas que pueden surgir en los órganos colegiados al momento de tomar decisiones. Casos como los del aborto, la eutanasia, los derechos de los homosexuales, las uniones de hecho, etc., han generado verdaderos debates que trascienden al órgano judicial y que involucran todos los sectores de la sociedad.

Estos debates y conflictos interpretativos entre y dentro de los órganos judiciales de cierre, llevan a la doctrina a formular teorías acerca de la argumentación

5 Véase, JORGE F. MALEM SEÑA, *La vida privada de los jueces*, en el libro *La función judicial*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003, p. 165.

6 EZQUIAGA-GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *El voto particular*, estudio introductorio de JUAN IGARTUA-SALAVERRÍA, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

7 Al respecto ver: HÄBERLE PETER, *El Estado constitucional*, Estudio introductorio de DIEGO VALADÉS, Traducción e índices de HÉCTOR FIX-FIERRO, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007; ANÓN, MARÍA JOSÉ, MIRAVET-BERGÓN, PABLO, eds., *Derechos, justicia y Estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Valencia, Tirant lo Blanch: Publicacions Universitat de Valencia, 2005, entre otros.

8 En cuanto a la incorporación del discurso de los derechos fundamentales, sostiene LÓPEZ: “En Colombia, en concreto, la ampliación del universo de los derechos se debe a la confluencia de, por lo menos, tres factores aportados por la Constitución de 1991 y su interpretación judicial: (i) el reconocimiento de derechos subjetivos no depende necesariamente de su inclusión en textos legales específicos; (ii) la jurisdicción constitucional tiene capacidad para proteger estos derechos subjetivos sin mediación legal previa, o incluso en contra de la configuración legal que los derechos hayan recibido; (iii) la creación de una acción general para proteger estos derechos subjetivos fundamentales (acción de tutela). LÓPEZ, DIEGO, *Teoría impura del derecho*, Bogota: Temis, 2004, pp. 447 y 448.

9 Desde 1912 la Corte Suprema de Justicia ha utilizado la modulación como técnica en sus fallos, al respecto ver: ESCOBAR-MARTÍNEZ LINA MARCELA, “El poder normativo del Consejo de Estado y la Corte Constitucional colombiana” en: *Historia, narración y derecho, Reportes de investigación*, Javegraf, 2006, pp. 132 y ss.

jurídica<sup>10</sup>, la motivación de la decisión judicial y los jueces como creadores de derecho, este último aspecto ha sido uno de los más cuestionados pues desborda el sistema de fuentes y la concepción clásica del mismo, y aunque en un inicio dicho postulado fue rechazado por gran parte de la comunidad jurídica<sup>11</sup>, hoy en día existe una aceptación de que el juez crea derecho.

Así entonces, “la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas, como en los de conflicto de normas”<sup>12</sup>, en donde el juez para resolver el caso concreto integra las disposiciones jurídicas, creando las normas<sup>13</sup> necesarias bajo las reglas de la interpretación y argumentación jurídica.

Esta idea guarda semejanza con la posición del tratadista H. L. A. HART, según la cual existe una “textura abierta del derecho”<sup>14</sup>, es decir, que las normas jurídicas son indeterminadas, ambiguas e incluso contradictorias y que por tal razón conducen a la discrecionalidad del juez. CÉSAR RODRÍGUEZ explica la teoría de HART de la siguiente manera:

“La vaguedad o “textura abierta” del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas y de las reglas sociales en general, por dos razones fundamentales. En primer lugar, las reglas jurídicas no están dirigidas a personas o cosas particulares, sino a “clases” de personas o cosas —verbigracia las normas sobre tránsito no se refieren al carro de Pedro Pérez, sino a vehículos y conductores—. En segundo lugar, permanecen vigentes durante períodos largos y, por tanto, se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación. Esta última característica de las reglas jurídicas, por ejemplo, explica la inclusión de expresiones generales en el derecho de los contratos, como la “buena fe”, que se aplican de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto”<sup>15</sup>.

10 EZQUIAGA-GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1987, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; SALGUERO MANUEL, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid: Marcial Pons, 2002, CABRA-APALATEGUI, JOSÉ MANUEL, *Argumentación jurídica y racionalidad* en: A. Aarnio, Publicac. Madrid: Dykinson: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2000.

11 Según EUGENIO BULYGIN existe una doctrina tradicional que separa la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia. Sobre el papel de la codificación en la concepción del juez como mero aplicador del derecho afirma BULYGIN: “El que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan en forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación de esas normas, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales”. Artículo titulado “Los jueces, ¿crean derecho?”, p. 22 del libro *La función judicial*, editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

12 *Ibid.*, p. 36.

13 Al respecto ROLANDO TAMAYO afirma que: “Las normas se presentan en enunciados. Sin embargo, como también indicamos anteriormente, las normas, en cuanto a lo que a la determinación del derecho se refiere, son incompletas e insuficientes. Más aún, son también vagas y ambiguas. Consecuentemente, las normas tienen que ser interpretadas. Mientras estas normas (y los actos que los crean) no son interpretadas, carecen de significado completo y, por tanto, sufren de indeterminación.” TAMAYO y SAIMORÁN, ROLANDO, “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica” en: *La función judicial*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 71.

14 HART, *El concepto de derecho*, pp. 124-134.

15 RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá:

Por otro lado, el doctrinante español TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ se refiere a la discrecionalidad de la siguiente manera:

“La discrecionalidad no es ya un ámbito libre por definición de la ley, *ab (lege) soluto*, que surge cuando *the law was silent*, como decía LOCKE, y opuesto, por definición también, a la jurisdicción, como se entendió durante siglos. Tampoco es una mera consecuencia de la imprecisión o indeterminación del derecho. Es el resultado consciente de una remisión o delegación que la norma hace a favor de una autoridad determinada, no importa de qué clase, para que sea ella la que, dentro de los límites expresos o implícitos que esa misma norma impone y los que resultan adicionalmente del contexto sistemático en el que esta se integra, busque y encuentre la consecuencia jurídica que sea más apropiada a las circunstancias de casa caso”<sup>16</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto, así como de la bibliografía consultada, se asume como postura teórica dentro de la investigación, la siguiente concepción acerca del papel de los jueces:

- Los jueces crean derecho. Dicha creación obedece principalmente a dos fenómenos jurídicos: a) la existencia de lagunas y conflictos entre normas, b) la indeterminación y ambigüedad de los textos jurídicos. En ambos eventos nos encontramos ante la discrecionalidad del juez. En el primero, este decide cuál regla o principio deberá aplicar cuando se presente algún conflicto o qué regla o principio deberá crear para llenar lagunas. En el segundo evento, el juez tendrá que determinar el contenido de aquellos enunciados jurídicos que resulten ambiguos o indeterminados, creando de esta forma reglas o principios por medio de la interpretación.
- La creación de derecho por parte de los jueces no implica un acto de arbitrariedad ni de extralimitación de funciones, es simplemente el resultado inevitable y necesario de los dos fenómenos explicados anteriormente. En esta medida, si se quisiera evitar la creación de derecho por parte de los jueces, sería necesario: a) tener un sistema jurídico perfecto carente de lagunas y contradicciones y b) tener un lenguaje que no fuera ambiguo ni indeterminado. Consideramos que estas dos situaciones hipotéticas jamás se podrán materializar, pues el derecho expresa frecuentemente conceptos ambiguos e indeterminados<sup>17</sup> y el lenguaje es de por sí muy complejo.
- El reconocimiento de que los jueces crean derecho es indispensable. Dicho reconocimiento debe provenir tanto de la comunidad jurídica en general como de los mismos jueces, pues solo de esta forma estos adquieren un papel activo dentro del mundo jurídico. Si los jueces niegan su propia

Universidad de los Andes, 1997, p. 33.

16 RAMÓN-FERNÁNDEZ, TOMÁS, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid: 2005, p. 64.

17 Tales como “dignidad humana”, “buena fe”, “libre desarrollo de la personalidad”, “abuso del derecho”..., etc.



discrecionalidad o se escudan bajo el argumento de la “mera aplicación del derecho”, lo que hacen es desprenderse de cualquier tipo de responsabilidad ante la comunidad jurídica, así como de cualquier tipo de control. Las consecuencias de lo anterior son negativas, ya que no habría suficientes criterios ni exigencias respecto de la función judicial, pues cualquier deficiencia o error en la misma sería culpa del sistema, es decir, de los textos jurídicos, y no de la labor de los jueces. La administración de justicia es una tarea demasiado importante y delicada como para no prestarle cuidado, por ende la labor de los jueces debe estar sujeta a estrictas exigencias y a diversos parámetros que permitan garantizar su razonabilidad<sup>18</sup>.

## II. LA INTERPRETACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

En lo que ha avanzado de la investigación, encontramos como dato curioso que las Salas Civil, Laboral y Penal de la Corte Suprema utilizan diferentes métodos interpretativos y argumentativos. Por tal razón, al referirse a esta Corporación debe tenerse precaución, pues cada Sala es un universo independiente y complejo, y por tanto, no se pueden sacar conclusiones o afirmaciones a nombre de la Corporación como tal, en cuanto al método y manejo argumentativo de resolución de los casos.

La Sala Civil al contrario de lo que se podría pensar a primera vista, presenta en sus fallos modulaciones donde a pesar de que no utilizan formalmente en sus decisiones la mencionada técnica, desde el punto de vista sustancial sí hay correspondencia con la utilización de la modulación. Los avances más importantes se dan en el campo del derecho de familia, donde a menudo amplían o recortan el alcance y el sentido de las presunciones de paternidad, por ejemplo, o donde contrariando explícitamente el tenor literal de la ley, admiten el testimonio de la mujer adúltera.

Ahora bien, lo que sorprende en este punto es que si a la Corte Constitucional se le ha criticado por “condicionar”, se debe decir también que esta lo hace con base en preceptos constitucionales; al contrario de lo que sucede en la Sala Civil, donde muchas veces el fundamento de las interpretaciones y normas que se derivan de las disposiciones, es la tradición de la Corte reflejada en sentencias proferidas con anterioridad o en otras palabras, la justificación para modular no radica en la Constitución (muy pocas veces citada) sino en sentencias proferidas con anterioridad,

---

18 Por razonabilidad entendemos aquella decisión judicial que no es arbitraria sino que es el producto de una elaborada y detenida argumentación. De esta forma, la labor del juez gozará de prestigio y respeto en la medida en que este logre agrupar el mayor número de argumentos en sus fallos. Sobre la razonabilidad y racionalidad jurídica consultar: AARNIO AULIS, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

es decir, en su propio derecho viviente. De esta forma la descodificación del Código Civil a la que alude VALENCIA ZEA, no se hace solo a través de leyes que modifican el Código, sino también a través de la jurisprudencia que lo modifica<sup>19</sup>.

Por otro lado, en la Sala Penal el fenómeno de la modulación es más bien escaso y esta Sala suele remitirse preferentemente a la ley y a sentencias proferidas por la misma anteriormente. Resulta curioso que la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sean escasamente citadas, teniendo en cuenta que en materia penal se manifiestan muchos principios constitucionales y se ponen en juego derechos y garantías tan importantes como la libertad. Así mismo, son numerosas las sentencias rechazadas por falta de técnica en casación, lo cual deja la duda sobre la prevalencia del derecho sustancial frente a las formalidades. En este sentido es curioso observar que a pesar de que la Sala comparte en ocasiones los argumentos del actor y le halla la razón, finalmente decide “no casar” la sentencia por “insalvables deficiencias” en la técnica. Ahora bien, también se puede ver que la Sala modula en ciertos casos, como por ejemplo, cuando se refiere a la presunción de inocencia y la forma de desvirtuarla, la imputabilidad (como por ejemplo en eventos de bebidas embriagantes), el derecho de defensa, la figura de la prisión domiciliaria y la imposibilidad de desempeñarse como defensor de oficio. También resulta interesante que la Sala “case parcialmente” una sentencia.

Por su parte, la Sala Laboral empezó en los últimos años a desarrollar sentencias en donde se decidía la interpretación de las normas, encontrándose un caso como el de romper la formalidad de inscripción que deben tener los pactos laborales. En esta oportunidad, manifestó la Sala que es válido registrar en el Ministerio de Protección Social una fotocopia del acta<sup>20</sup>. Esta Sala ha rechazado la casación en varias oportunidades aludiendo carencias de formalidades que han sido fruto del desarrollo jurisprudencial.

Sin embargo, al ser este un informe inicial de la investigación, hasta el momento solo puede hablarse de sospechas en torno al uso y manejo de los argumentos por parte de las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia colombiana, un análisis consolidado y válido para sacar conclusiones al respecto, solo será posible una vez realizadas las diferentes fases de la investigación.

### III. ÉTICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Otro de los ejes conceptuales que direcciona la investigación, es el de la ética en la función judicial, pues preguntarnos por el papel del juez en sociedades como la

19 VALENCIA, ARTURO y ORTIZ, ÁLVARO, *Derecho civil. Parte general y personas*, Bogotá: Ed. Temis, Decimoquinta Edición. 2002, pp. 61, 62 y 108.

20 Expediente: 22841, magistrado ponente: CAMILO-TARQUINO GALLEGU, fecha: (22) de septiembre del dos mil cuatro (2004).

colombiana, en donde el juez es un actor más en la construcción del Estado social de derecho, nos obliga a reflexionar sobre la responsabilidad de este al momento de tomar partido por una decisión u otra, pues de nada vale hablar de la razonabilidad o proporcionalidad de las decisiones en un mundo en donde sabemos que puede llegar a argumentarse con contextos de justificación o de descubrimiento cualquier tipo de postura, una vez superados los problemas propios de la argumentación e interpretación jurídica, los frenos y contrapesos vuelven a la discusión antigua y nunca resuelta entre el derecho y la moral, es decir, a la ética de la función judicial<sup>21</sup>.

Dejando a un lado las consideraciones en torno a las diferentes teorías éticas existentes, pasaremos de entrada a estudiar las tipologías éticas aplicables a la función judicial, partiendo de la idea que establece el autor, según la cual, la ética de la función judicial es la ética aplicada, pero teniendo como presupuesto la existencia de la ética normativa<sup>22</sup>.

Dentro de la ética aplicada, sostiene el autor que son dos las éticas aplicables a la función judicial, la primera de ellas, el consecuencialismo, que sostiene la prioridad de lo bueno sobre lo correcto, en la cual lo correcto consiste en maximizar lo bueno, así entonces, cualquier conducta que maximice lo bueno será correcta, no habiendo límites para la consecución de lo bueno (el fin justifica los medios).

La segunda es el deontologismo que da prioridad a lo correcto sobre lo bueno, y que establece que no cualquier conducta que maximice la felicidad es correcta, fijando restricciones a la persecución de lo bueno (el fin no justifica los medios).

Para el autor, prima en la función judicial la teoría deontológica, principalmente en aquellos sistemas jurídicos que tienen “constituciones con derechos firmemente establecidos en ellas”<sup>23</sup>, como lo es claramente el caso Colombiano. Así entonces, a juicio de Farrell, “el sistema jurídico está preocupado especialmente por el *modo* como se obtiene la felicidad”<sup>24</sup>, lo cual se ve confirmado por la posibilidad de que los particulares demanden los perjuicios causados por sentencias que vulneren injustificadamente sus derechos, entre otras acciones.

21 En este documento se hará un análisis del tema referente a la ética de la función judicial, para lo cual se tendrá como guía el artículo “*La ética de la función judicial*” de MARTÍN D. FARELL y los casos concretos analizados en materia de casación penal colombiana.

22 “La ética normativa se entiende —en un nivel abstracto— con las nociones de lo bueno y lo correcto. La ética aplicada, finalmente, concreta en algún área determinada las nociones estudiadas por la ética normativa. La ética de la función judicial, desde luego, es un caso —importante, por cierto— de ética aplicada.” FARRELL, MARTÍN “*La ética de la función judicial*”.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

Teniendo en cuenta que el juez, magistrado de la Sala Penal, en este caso, analiza casos *inter partes* y no casos de interés general como lo son los procesos de exequibilidad de normas jurídicas, es menester decir entonces que su deber no es maximizar el respeto general por los derechos, sino respetar él mismo los derechos objeto del proceso que debe fallar.

No obstante lo anterior, sostiene el autor que es posible aplicar la teoría consecuencialista en dos casos excepcionales: los conflictos entre derechos de la misma jerarquía y aquellos casos en que se debe dar prevalencia a una consideración de utilidad sobre el respeto a un derecho determinado.

Es claro, teniendo en cuenta la jurisprudencia analizada, que desde un punto de vista deontológico la CSJ cumple a cabalidad su función, ya que, al menos en materia penal, respeta los derechos involucrados en el proceso, estrictamente hablando, los cuales se enmarcan dentro de los lineamientos del debido proceso, permitiendo a las partes ejercer las potestades propias del ejercicio de dicho derecho, como lo son el derecho a la contradicción, la presunción de inocencia y en general, se garantiza el acceso de las partes a la administración de justicia en forma correcta.

El problema radica cuando se hace un estudio de la jurisprudencia penal de la CSJ desde la óptica consecuencialista, analizando los procesos como un conflicto de derechos, ya que generalmente se presenta en este tipo de procesos un conflicto de derechos, ya sea el derecho a la libertad del acusado y los derechos de los denunciantes o de las víctimas en este caso, y el punto es, en primer lugar, entrar a esclarecer cuál es la jerarquía de los derechos en conflicto en estos casos.

Es claro, por un lado, que la discusión en torno a la libertad del acusado dependerá de cómo este logre probar o no su culpabilidad en el proceso, pero hablando en estricto sentido, el derecho en discusión, desde su óptica, es el derecho a la libertad, que tiene rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, desde el punto de vista de las víctimas o de los denunciantes, podemos hablar de su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, que no tiene mención constitucional expresa pero que, atendiendo a la existencia de instrumentos internacionales suscritos por Colombia en este tema, podemos sostener que tienen rango constitucional atendiendo al bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93 de la Carta.

Volviendo a lo planteado por el autor, una vez determinado que hablamos de un conflicto entre derechos de la misma jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, y en esa medida, corresponde al juez establecer cuál tiene prevalencia sobre el otro en cada caso en particular.

Es en este punto donde debemos entrar a analizar, así sea someramente, el tema de la argumentación que utiliza la Corte para llegar a sus fallos, pues dentro de las sentencias analizadas, la Corte no hace mención en ningún caso a los derechos en conflicto dentro de los procesos que trata, y se centra a analizar temas relacionados con valoración de pruebas o interpretación de los tipos penales y, en general temas estrictamente formales relacionados con las situaciones de hecho que dan origen al conflicto objeto del proceso, ignorando, por decirlo así, la determinación de los derechos en conflicto y su análisis<sup>25</sup>.

Así entonces, hablando en términos éticos, la conclusión *a priori* que se puede extraer del anterior análisis, es que los magistrados de la Sala Penal de la CSJ cumplen a cabalidad lo establecido por el autor en cuanto a la aplicación de la ética deontológica.

Se cuestiona entonces la posición del autor en cuanto a la aplicación de la ética consecuencialista solo en casos excepcionales, o más bien, considerar que los conflictos de derechos solo se presentan como excepciones dentro de los procesos que analizan los jueces, ya que esto no es cierto y está demostrado que siempre, por debajo de los temas relacionados con los conflictos de intereses o con los temas estrictamente procesales, en un proceso penal siempre habrá conflictos de derechos constitucionales que obligan al juez a elegir si uno es prevalente sobre otro, obligándolo a hacer un análisis sobre la interpretación de los derechos en cuestión y a utilizar técnicas de argumentación convincentes que lleven a un fallo bien fundamentado para justificar el desconocimiento de un derecho en pro de la defensa de otro.

Partiendo de esto, consideramos que hemos llegado a un punto importante dentro de cualquier análisis de la jurisprudencia, y es el concerniente a la argumentación que utilizan los jueces en los fallos, en la medida en que de esta depende que los fallos sean convincentes, lo que conlleva a que los precedentes lo sean y a que se genere confianza, no solo en los magistrados o en los jueces, sino en los tribunales y en general, confianza en todo el poder judicial, lo que sirve de sustento capital para un Estado social de derecho basado en el respeto de los derechos de los asociados, ya que son los jueces en sus fallos quienes, en temas de constitucionalidad y de tutela, determinan los alcances de los derechos y en temas relativos a la jurisdicción ordinaria, solucionan, como lo vimos anteriormente, no solamente casos relacionados con disposiciones sino que en

---

25 Se entiende en este punto que la encargada de establecer la interpretación y el alcance de los derechos fundamentales es la Corte Constitucional, dentro de sus fallos de tutela, no obstante, esto no excluye la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia pueda hacer uso de los precedentes establecidos por la Constitucional en materia de derechos humanos para poder argumentar de forma convincente sobre la prevalencia de cualquiera de los derechos en conflicto dentro de un proceso penal, utilizando técnicas que al parecer están vedadas, sin razón alguna, para la jurisdicción ordinaria, como los test de razonabilidad utilizados por la Corte Constitucional para solucionar conflictos entre derechos.

últimas dan prevalencia a un derecho sobre otro al hablar de los procesos desde un punto de vista meramente sustancial.

#### **IV. LA JUSTIFICACIÓN Y CREACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL**

Dentro del desarrollo de las sentencias, existen múltiples corrientes en torno a los contextos de justificación y descubrimiento de la decisión judicial, las teorías de la argumentación, la interpretación, la jurisprudencia de intereses, el realismo jurídico y el neoconstitucionalismo, entre otras, han dedicado buena parte de su estudio a la actividad judicial y al deber de motivación de las decisiones que resuelven conflictos interpartes, independientemente de los contextos o jurisdicciones en que sean tomadas.

Los jueces, según RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, deben llevar a cabo la justificación de las decisiones, la cual tiene que contener todas las premisas usadas en su razonamiento, que serán sustentadas con la tesis ontológica, la tesis filosófica-lingüística, la tesis interpretativa, la tesis fáctico-jurídica y la tesis sintáctica/sintáctico-semántica.

La tesis ontológica es la norma en sí, es un “enunciado jurídico”, dicho enunciado debe ser la conclusión a la que deben llevar las premisas, debe ser entonces la “premisa mayor”, el problema que surge sería ¿cuál es la interpretación que el operador jurídico, en este caso el juez, le da al enunciado jurídico? en este punto, la tesis interpretativa afirma que el sentido otorgado a la norma debe ser probado, de no ser así, puede infringir la necesidad doctrinal en cuanto se habla de motivación; pero de igual forma la no interpretación no quiere decir que la decisión material sea incorrecta. Ahora bien, esta interpretación se debe hacer en el enunciado, que por el tema tratado se relacione con un enunciado primario y no debe ser entonces interpretado como un enunciado secundario con el objeto de usarlo como eje central para manejar el tema en concreto, de este problema se encarga la filosofía del lenguaje jurídico.

Para empezar a abordar el eje central de la sentencia, el juez debe asemejar la norma a los hechos acontecidos, esta asimilación es denominada “enunciados calificativos”, cuando se logra empalmar la norma a los hechos lo denominaremos “cuestión fáctico-jurídica”, esta “cuestión” se suele dividir entre “cuestión fáctica” y “cuestión jurídica”; la división corresponde dependiendo de qué etapa se trate, bien sea empírica o analítica.

Cuando estamos frente a la etapa empírica lo que deseamos es entender los hechos que dieron origen al problema del litigio y de esta forma poder realizar el empalme

mencionado antedicho y para ello el juez se vale de todo instrumento probatorio posible que sea legal, dicha actividad judicial se realiza con el “razonamiento probatorio”, razonamiento que lo lleva a formular premisas (las cuales deben ser manifestadas dentro de los hechos solamente procesales, pues estando dentro de la etapa empírica el juez no puede formular premisas que lo saquen de la esfera creada por las pruebas, pero sí es factible que realice conclusiones por fuera de esta esfera). La razón de ser de que las conclusiones del razonamiento probatorio puedan salirse de las esfera de las pruebas y asistir hechos extraprocesales es la de poder abrir el campo mostrado y así darse una mejor idea de los hechos con el fin de ampliar los “enunciados calificativos verdaderos”.

Así las cosas, existen tres fases dentro de la etapa empírica: la primera es cuando el juez analiza los hechos, la segunda cuando se confrontan los hechos con las pruebas y la tercera cuando las pruebas no son claras o no ayudan a crear premisas que lleguen a las conclusiones o a la conclusión, en este caso, lo que se intenta formular es una “conclusión altamente probable”. Teniendo la conclusión, entramos en la etapa analítica y de esta forma encontramos la “cuestión jurídica”, de ahí lo que hacemos entonces es tomar la conclusión y empezar a hablar en términos jurídicos, de esta forma lo que obtenemos es hablar en lenguaje legal: el problema que ocurre es cuando en la “cuestión jurídica” no existe o no hay un acuerdo de la definición legal de algún concepto; cuando esto ocurre lo que sucede es que no habría dos cuestiones (una “fáctica” que sería la conclusión y una “jurídica” que sería la determinación del lenguaje legal) sino solo una cuestión (entonces la “cuestión jurídica sería la misma que la fáctica”).

El juez debe entonces entrar a valorar y argumentar su decisión conforme a las normas establecidas, normas que por la ambigüedad de las palabras pueden llevar al juez a discrecionalidades y, por la misma vía, llegar a arbitrariedades cuando se aparta del sentido jurídico que debe primar en su decisión.

De todo lo anteriormente expuesto, nos surge un cuestionamiento acerca de si en realidad en la práctica el juez lleva a cabo los pasos dogmáticos dados por la doctrina, pues como sabemos la academia generalmente se dedica a reglar los procesos que se dan naturalmente en el mundo del derecho, y quizá sea esta una de las causas del distanciamiento entre la teoría y la práctica, pues al querer formalizar actividades que surgen y obedecen a procesos de conocimiento no parametrizados lo que se generan son choques ideológicos, en algunos casos irreconciliables.

## V. EL TEXTO FRENTE A LA REALIDAD: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CASACIÓN CIVIL COLOMBIANA DURANTE EL PERÍODO 2002 A 2006

### 1. Concepción de la función judicial:

#### El texto:

Tradicionalmente, gran parte de la doctrina ha negado el papel creador de derecho por parte de los jueces<sup>26</sup> y parece que esto es recogido por el sistema jurídico colombiano, específicamente en el artículo 230 de la Constitución, al consagrar que “los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley” y más adelante establece que la jurisprudencia solo puede ser tenida en cuenta como un criterio auxiliar<sup>27</sup>.

Esto responde a una tradición histórica que bien podría denominarse “la familia del derecho continental”, heredera en gran medida de los postulados revolucionarios franceses que serían cristalizados luego en el *Code Napoleon*, donde se decía que el juez era un simple aplicador mecánico de las normas, ya que el único y exclusivo productor de enunciados normativos era el legislador racional, que representaba la voluntad del pueblo. Posteriormente esto se transplantó en América Latina, incluida Colombia, con su Código Civil de finales del siglo XIX<sup>28</sup>.

Es más, se ha expresado de manera constante que la Corte Constitucional con la modulación de sentencias de constitucionalidad ha *legislado* y por esta vía usurpado poderes que son del Congreso.

26 Esto se puede reflejar en las palabras del profesor español MANUEL ALBALADEJO quien afirma que la jurisprudencia “no es fuente, puesto que la función de la fuente jurídica es crear normas y la jurisprudencia no las crea... De ser fuente, el Tribunal Supremo tendría poder legislativo, lo que es inaceptable, ya que su función es interpretar y aplicar el derecho y defender las normas, pero no crearlas”. ALBALADEJO, MANUEL. “La jurisprudencia”, en: *Revista de derecho privado*, núm. 54, 1970, p. 549, citado por DE ASIS-ROIG, RAFAEL. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Marcial Pons Ediciones S.A. Madrid, 1995, pp. 90, 92 y 93. El mismo autor cita otros doctrinantes como CALVO VIDAL, DIEZ PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, MONTESQUIEU y BECCARIA, entre otros.

27 No obstante y siguiendo en gran medida a DIEGO LÓPEZ, mediante el establecimiento de la doctrina legal en la Ley 61 de 1886, la jurisprudencia tuvo un valor normativo importante, que se vio reforzado con la expedición de las leyes 153 de 1887 y 105 de 1890. A través de estas tres disposiciones se establecía como causal de casación la violación de la doctrina legal establecida por la Corte Suprema de Justicia, doctrina legal que en la Ley 153 se volvió “una regla hermenéutica general aplicable por todos lo jueces en casos dudosos. Esta orden directa a los jueces afianzaba así la causal de casación mediante la vinculación de los jueces inferiores a la jurisprudencia de la Corte en casos dudosos”. Tomado de LÓPEZ, DIEGO. “*El papel de los jueces y de la jurisprudencia en la Constitución de 1886: apuntes históricos sobre la Corte de Casación en la Regeneración*”, en: Justicia Constitucional, Pontificia Universidad Javeriana y Ed. Legis, Bogotá: 2006. p. 33.

28 Por desbordar los propósitos del presente escrito no se profundizará sobre el punto. Sobre el particular puede verse a LÓPEZ, DIEGO. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Ed. Legis, Bogotá: 2004.



No obstante, la realidad demuestra otra cosa y a través de este escrito se intentarán desvirtuar tres afirmaciones muy recurridas para llegar a lo siguiente: i) No solo la Corte Constitucional crea derecho, esto es, enunciados normativos de carácter general, ii) No necesariamente se debe estar ante la presencia de una sentencia modulada o de constitucionalidad para afirmar que hay innovación por parte del juez, o en otras palabras, estos enunciados normativos pueden encontrarse en la parte motiva de cualquier sentencia y iii) Relacionado con el punto anterior, los jueces no solo crean normas particulares (la decisión del caso que obliga a las partes: efectos inter partes), sino que también elaboran enunciados normativos con efecto *erga omnes*, que pueden llegar a ser aceptados por toda la comunidad jurídica.

Por lo anterior, se ha realizado un análisis jurisprudencial de las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) durante los meses de enero a mayo<sup>29</sup> del año 2004 para sustentar que indefectiblemente los jueces crean derecho, se trata pues de un análisis cualitativo, más que cuantitativo.

Así pues, se expondrán brevemente una serie de sentencias donde, a nuestro parecer, se está creando derecho en el campo civil por parte de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente dichos enunciados se reconducirán a imperativos (al estilo de la ley, como lo propone el profesor RAFAEL DE ASÍS), con su correspondiente sanción.

### **La realidad:**

Antes que nada hay que decir que para nadie es un secreto que el postulado según el cual “la ley goza de plenitud hermética” regulando todos los casos posibles, no aplica hoy en día, o en otras palabras, hay lagunas, donde la creatividad del juez entra en escena.

En esta parte es pertinente diferenciar entre meras interpretaciones (normas) y creación de enunciados normativos. Para parte de la doctrina<sup>30</sup> norma es “la interpretación de una forma normativa o un enunciado normativo...”. Por su lado enunciado es “el conjunto de signos lingüísticos con los que se expresa la norma”<sup>31</sup>.

Un ejemplo ilustrará la situación. El enunciado es un artículo cualquiera del código que no ha sido interpretado y la norma es su interpretación. Ahora bien,

29 Este es un estudio preliminar que consideramos es suficiente para el presente escrito, no obstante, el propósito es analizar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2002 al 2006.

30 Véase DE ASÍS-ROIG, RAFAEL. *Op. cit.*, pp. 14, 36, 37 y 38.

31 DE ASÍS-ROIG, RAFAEL. *Op. cit.*, p. 37.

lo que la Corte Suprema hace en principio es crear normas (interpretaciones), no obstante, dichas normas van adquiriendo la forma de un enunciado, el cual puede volver a ser interpretado: “todo centro con competencia para producir normas lo que haría propiamente es producir enunciados normativos cuyo sentido vendría a ser establecido por los operadores jurídicos. Así, un enunciado normativo puede dar lugar a una norma, pero esta a su vez, a través de un acto normativo puede constituirse en enunciado normativo que sucesivamente dé lugar a otra norma”<sup>32</sup>.

Esto se puede corroborar con un ejemplo:

El artículo 223 del Código Civil (antes de la reforma del 2006) es la disposición normativa: “No se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio”.

La nueva norma que crea a partir de este artículo la Corte es: “El juez deberá admitir el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo que declare haberlo concebido en adulterio, pero en su valoración deberá tener dicha declaración como sospechosa”<sup>33</sup>.

Pero a su vez esa norma se convirtió en enunciado que fue nuevamente reinterpretado (dio origen a una nueva norma por parte de la Corte): “El juez admitirá el testimonio de la madre del hijo que declare haberlo concebido en adulterio, aun en casos de filiación extramatrimonial”<sup>34</sup>.

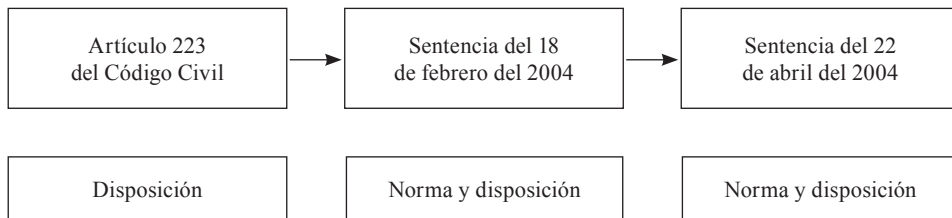
---

32 DE ASÍS-ROIG, RAFAEL. *Op. cit.*, p. 38.

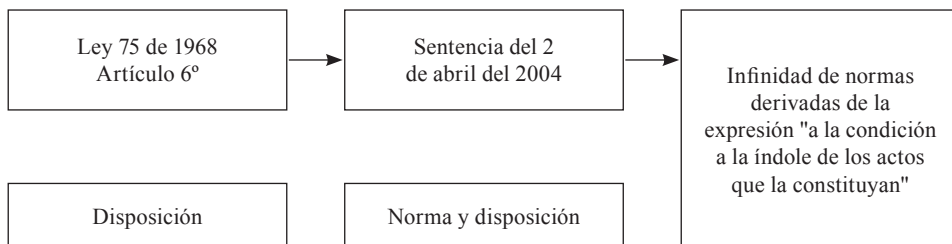
33 Teniendo en cuenta que la consecuencia lógica que traía la norma del Código Civil era otra, podría afirmarse que en este caso hay creación de derecho por parte de la Corte, ya que hay creación cuando “el contenido de esta —de la norma o interpretación que hace la Corte— es distinto al de cualquier otra norma del mismo sistema jurídico o al de sus consecuencias lógicas”. Al respecto véase EZQUIAGA, JAVIER, “*Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley*”, en: *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Ed. Gedisa, 2003.

34 Probablemente la Corte en este caso percibió que la solución que arrojaría la aplicación literal de la norma no sería justa. Siguiendo a KENNEDY, la Corte en este caso proyectó la sentencia a la que quería llegar y luego intentó darle una argumentación lo suficientemente sólida, recurriendo a principios como el de la sana crítica. No obstante, tales “movimientos” pueden llevar a la pérdida de legitimidad y confianza del juez. Sobre el particular véase a KENNEDY, DUNCAN. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá: 2005 y GONZÁLEZ, JORGE, “*Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional*”, en: *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. n° 110. Julio-diciembre del 2005.

Gráficamente la situación sería:



Por ejemplo, en la sentencia del 2 de abril del 2004, se creó la norma “La expresión naturaleza se debe referir a la condición, a la índole de los actos que lo constituyan” derivada del artículo 6°, numeral 4° inciso 2° de la Ley 75 de 1968. Por ser tan general esta nueva norma, es susceptible de crear otras normas a su vez y convertirse así en disposición:



De manera, pues, que aunque en sentido estricto no se está diciendo que la Corte Suprema de Justicia legisla, sí hay producción normativa que puede ser reconducida a un imperativo hipotético o en últimas a un enunciado muy similar a la ley. En consecuencia, la función judicial no puede ser entendida únicamente como mera aplicación sino también como creación.

## 2. La estructura de la sentencia judicial

### El texto:

Teniendo como presupuesto que la Corte Suprema de Justicia ha creado derecho, es necesario evaluar desde la perspectiva de la teoría de la argumentación, la validez de dichas innovaciones.

Siguiendo al profesor DE ASÍS, se dice que generalmente la sentencia involucra un proceso deductivo, lo cual no quiere significar que sea una “actuación mecánica y no creadora”<sup>35</sup>. Conforme a lo anterior podría describirse la decisión como un

35 *Op. cit.*, p. 98.

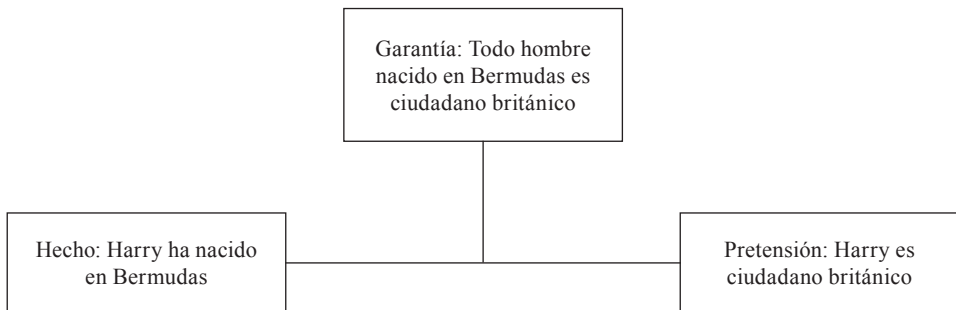
silogismo donde la premisa mayor sea la norma, la menor los hechos y su respectiva conclusión el fallo.

A pesar de la aparente elementalidad, la motivación exige que el juez explique las razones que lo llevaron a escoger la premisa mayor (enunciado o enunciados normativos, con lo cual se incluye la jurisprudencia), la premisa menor (fijación de los hechos) y el fallo que sería la conclusión.

En últimas, “la motivación de la sentencia es el canal de legitimación de la decisión, y en ese sentido es posible afirmar que el método jurídico tiene relevancia constitucional”<sup>36</sup>.

Una vez sentado lo anterior, se analizarán algunas sentencias ya estudiadas en la primera parte de este estudio, para lo cual nos concentraremos esencialmente en la fijación de la norma (premisa mayor), es decir, “el proceso a través del cual se dota de sentido al enunciado o conjunto de enunciados normativos elegidos o creados, a la vez que se justifica el porqué de su posible aplicación al caso en cuestión”<sup>37</sup>. Para lo anterior se estudiará el proceso de argumentación propuesto por TOULMIN<sup>38</sup>.

Su modelo está conformado por varios elementos. Estos son: los datos del caso, la pretensión (la conclusión) y la garantía (que apoya la conclusión). El ejemplo lo proporciona el mismo TOULMIN:



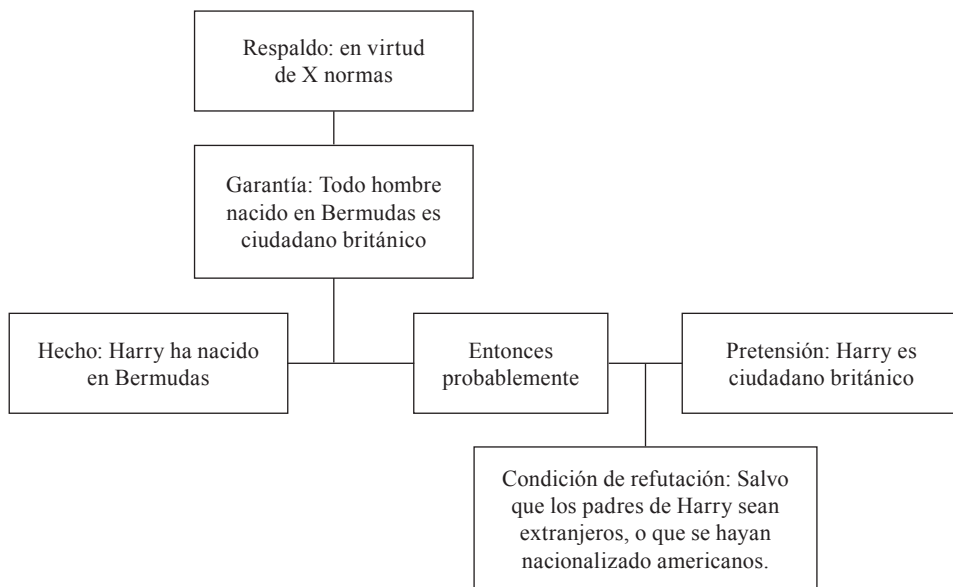
El anterior argumento tendrá más validez si se le da respaldo a la garantía y se establecen condiciones de refutación, con lo cual el modelo quedaría así<sup>39</sup>:

36 DE ASÍS-ROIG, RAFAEL. *Op. cit.*, p. 110.

37 DE ASÍS-ROIG, RAFAEL. *Op. cit.*, p. 103.

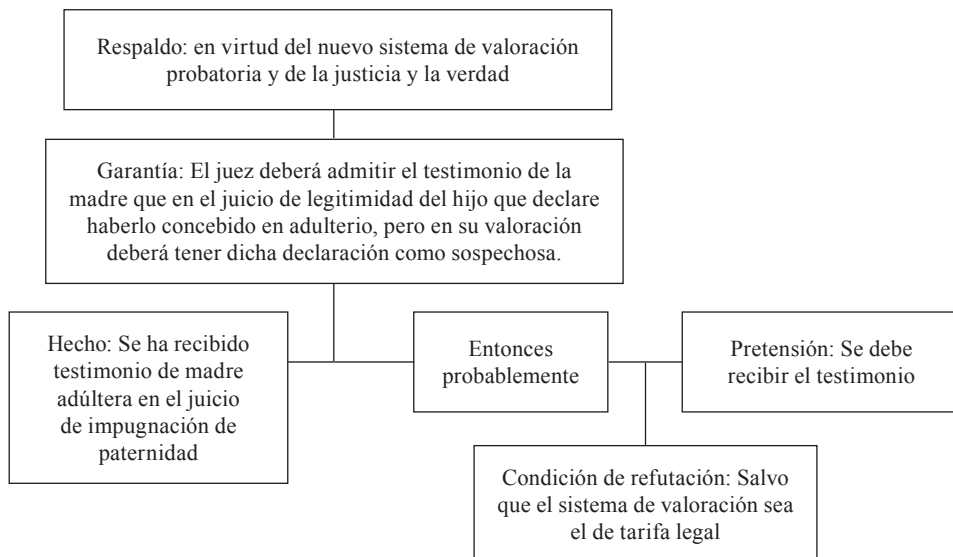
38 DE ASÍS-ROIG, RAFAEL. *Op. cit.*, p. 112.

39 Se añade también un cuadro en el modelo argumentativo, donde se destaca la probabilidad del resultado de la argumentación, es decir, no hay certeza absoluta de que la respuesta sea la correcta. Cfr, DE ASÍS-ROIG,



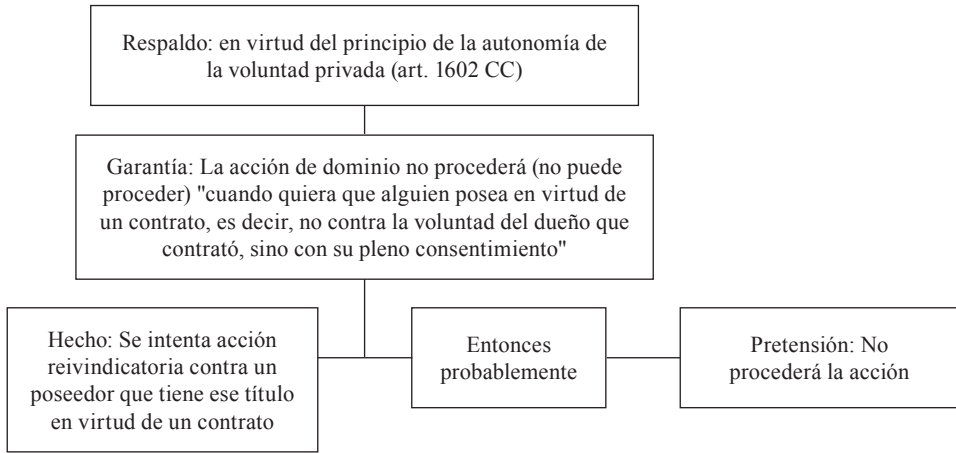
### La realidad:

Aunque hay algunas sentencias que tienen un respaldo que se podría considerar fuerte, hay otros casos en los cuales los argumentos para apoyar la garantía (enunciado normativo creado por la Corte) no gozan de tal fortaleza. Considero que entre las primeras decisiones se destacan: sentencia del 18 de febrero del 2004:



RAFAEL. *Op. cit.*, pp. 126 y 134.

## Sentencia del 18 de mayo del 2004:



En los dos casos anteriores es interesante ver cómo se acude a principios (bien sean explícitos o implícitos) para crear un nuevo enunciado normativo (la garantía o premisa mayor del silogismo), con lo cual se podría pensar que la norma es válida desde el punto de vista descriptivo<sup>40</sup>, pues se cumplió con el procedimiento para expedir la norma (argumentación), el centro de producción era competente (la Corte suprema unifica jurisprudencia) y el contenido de la norma no contraría normas del sistema. Ahora, desde la validez valorativa (legitimidad) que hace referencia al grado de aceptabilidad que la norma puede tener en la comunidad jurídica<sup>41</sup>. Para verificar si la norma creada es aceptada por los operadores jurídicos lo ideal es hacer un análisis con los diferentes sectores de la comunidad jurídica (academia, estudiantes, litigantes, jueces, etc.), pero bástenos con decir por ahora que en el caso de la sentencia de febrero del 2004, esa norma fue aceptada posteriormente por la misma Corte y más aún se le introdujo un nuevo supuesto de hecho<sup>42</sup>.

Por el contrario, hay casos en los cuales la argumentación siguiendo el modelo de TOULMIN no es fuerte, con lo cual la validez de la creación judicial se pone en entredicho.

40 DE ASÍS-ROIG, RAFAEL, *Op. cit.*, pp. 39 y 41.

41 Algo muy similar a lo establecido por HART en la regla de reconocimiento. Sobre el particular véase HART, HERBERT. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1963, pp. 132, 133 y 137 y RODRÍGUEZ, CÉSAR. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Uniandes, 2002, pp. 29, 56 y ss.

42 Esto es corroborado por el profesor DE ASÍS: "Es importante subrayar, igual que lo hacíamos con el modelo de TOULMIN, cómo el Tribunal crea una norma o un enunciado normativo con el que soluciona el problema en cuestión y que no tiene un significado individual sino general". *Op. cit.*, 124.

Por ejemplo, veamos la sentencia del 26 de febrero del 2004.

En este caso el respaldo de la garantía, esto es, de la nueva norma creada por parte de la Corte Suprema de Justicia es una sentencia únicamente. Se podría decir que en los dos casos anteriores donde el respaldo del nuevo enunciado eran principios, la argumentación era consistente, puesto que es sabido que el principio en su función interpretativa ayuda a darle sentido a un enunciado; en su labor integradora cumplen “la función de señalar aquellos fines u objetivos que deben presidir la creación normativa”<sup>43</sup> y en su labor directiva orientan al juez para decidir. Principios como el sistema de la sana crítica, la justicia, la verdad o el de la autonomía de la voluntad privada pueden ser considerados como razones suficientes para crear enunciados normativos, siguiendo muy de cerca la labor de modulación llevada a cabo por la Corte Constitucional, en donde se crean normas, pero con base en la Constitución.

Pero en este caso y en otros más el fundamento de la creación es una sentencia que no se encuentra del todo bien referenciada para efectos de evaluar la validez de la decisión. En ese sentido parece ser que la decisión no tiene una argumentación fuerte por apoyarse en *una sola* sentencia<sup>44</sup>.

La jurisprudencia en el texto (art. 230 CP) es una fuente auxiliar de derecho. Sin embargo, la realidad demuestra otra cosa. Del análisis anterior se sigue que en la mayoría de sentencias que crean enunciados normativos por parte de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil), durante el período comprendido entre enero y mayo del año 2004 (solo sentencias que debaten cuestiones de fondo), se ve el fundamento más citado (y a veces único) para una creación normativa son sentencias de la misma Sala.

En ese orden de ideas, habría que decir que la misma Corte es el fundamento para la misma Corte, al momento de crear derecho (se citan a sí mismos como creadores de derecho). Corroborando el carácter principal de la jurisprudencia como fuente de derecho en la Sala Civil se muestran las siguientes estadísticas:

- Número de ocasiones en que fue citada la jurisprudencia: 81 (75 sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala civil, 5 sentencias de la Corte Constitucional y una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala Plena, cuando ejercía el control de constitucionalidad).

43 DE ASÍS-ROIG, RAFAEL. *Op. cit.*, p. 73.

44 Hay más pronunciamientos de los ya analizados que solo se apoyan en un pronunciamiento de la misma Corte: sentencia del 12 de abril del 2004, se apoya en una sentencia de la misma corporación; sentencia del 24 de marzo y del 2 de abril de 2004, se apoyan en dos sentencias de la misma corporación.

- Número de ocasiones en que fue citada la ley: 66 (42 veces el Código Civil, 7 veces el Código de Comercio y 17 veces se citaron leyes).
- Número de ocasiones en que fue citada la Constitución, 3.

Por lo anterior, es factible afirmar que la jurisprudencia es la fuente principal de derecho en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el período analizado. Es más, algunas sentencias se apoyan solamente en jurisprudencia de la misma Corporación, entre ellas las sentencias del 2004 como la del 22 de abril (exp. 7843 MP Dr. Manuel Ardila), del 27 de abril (exp. 54508 MP Dr. Silvio Trejos) y del 28 de mayo (exp. 7101 MP Dr. César Julio Valencia) entre otras<sup>45</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista de la legitimidad (calidad de la motivación) hay varios casos en los cuales se crean enunciados, sustentándose en la labor de la misma Corte (es decir, la Corte aplica el enunciado, porque la Corte misma ya lo había dicho anteriormente) y en muy pocas oportunidades crean disposiciones con fundamento en la Constitución, por ejemplo, al contrario de lo que sucede con la Corte Constitucional.

## CONCLUSIÓN

En Colombia son pocos los trabajos dedicados al estudio de la argumentación jurídica, y menores aún los que analizan la jurisprudencia teniendo como referente el uso de los diferentes tipos de argumentos por parte de los jueces; por ello, vale la pena realizar una investigación de este tipo. Se aclara entonces, que esta primera fase de la investigación está dedicada al análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en una segunda fase se analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional bajo los mismos parámetros y referentes conceptuales, con el fin de establecer si en las diferentes jurisdicciones se encuentran similitudes o no, en el uso y manejo de los diferentes argumentos, contrastándolos con la teoría de la argumentación jurídica.

Este informe de investigación dio cuenta del marco teórico y conceptual que guía la recolección, sistematización y análisis de la información, con el fin de que en un segundo informe se muestren los resultados de la investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

AARNIO AULIS, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>45</sup> Vale la pena reiterar que solo se estudiaron temas sustanciales, no se evaluaron temas procesales dentro de la sentencia.



- AA.VV, *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid: Trotta: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.
- ABRAHAM HENRY J, *The judicial process: an introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France*, New York, Oxford: Oxford University Press, 1993.
- ALARCÓN REQUEJO, GÍLMER, *Estado de derecho, derechos humanos y democracia: pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Madrid: Dykinson, D.L. 2007.
- AÑÓN, MARÍA JOSÉ, MIRAVET-BERGÓN, PABLO. Eds., *Derechos, justicia y Estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Valencia. Tirant Lo Blanch: Publicacions Universitat de Valencia, 2005.
- ASÍS ROIG, RAFAEL, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid: Marcial Pons Ediciones S.A. 1995.
- BULYGIN EUGENIO, “Los jueces, ¿crean derecho?”, en: *La función judicial*, Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.
- CABRA APALATEGUI, JOSÉ MANUEL, *Argumentación jurídica y racionalidad*, en: A. AARNIO, Publicac. Madrid: Dykinson: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2000.
- CARBONELL, MIGUEL, (Ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005.
- CARMONA-CUENCA, ENCARNACIÓN, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.
- CEPEDA M., (Editor), *La carta de derechos, su interpretación y sus implicaciones*. Temis, Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución, 1993.
- CIJUS, *Justicia constitucional y acción de tutela*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá: 1996.
- COMANDUCCI PAOLO, *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, en: *Neoconstitucionalismo (s)*, Ed. MIGUEL CARBONELL, Editorial Trotta, 2003.
- COPETE LIZARRALDE Á., *Lecciones de derecho constitucional colombiano: apuntes de clase*, Bogotá D. C: Temis, 1957.
- ESCOBAR-MARTÍNEZ, LINA MARCELA, “El poder normativo del Consejo de Estado y la Corte Constitucional colombiana”, en: *Historia, narración y derecho, reportes de investigación*, Javegraf, 2006., *La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano*, Revista Vniversitas n° 111, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2006, *La modulación de sentencias. Una antigua práctica europea*, Revista Vniversitas n° 112, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2006.
- Expediente: 22841, magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego, fecha: (22) de septiembre del dos mil cuatro (2004).
- EZQUIAGA-GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *El voto particular, estudio introductorio de Juan Igartua Salaverría*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati: Instituto vasco de Administración Pública, 1987., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999., “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en: *La función judicial. Ética y democracia*. Ed. Gedisa, Barcelona: 2003.
- FARRELL, MARTÍN, *La ética de la función judicial*, Barcelona: Gedisa, 2003.

- FERRERES-COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.
- GALIANA-SAURA, ÁNGELES. *La legislación en el Estado de derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Cizur Menor, Navarra, Thomson-Civitas, 2007.
- GARCÍA-MÁYNEZ, EDUARDO, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México: Fontamara, 2004.
- GARRIDO-GÓMEZ, M<sup>a</sup> ISABEL, *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*, Madrid: Dilex, D.L. 2007.
- GIL-DOMÍGUEZ, ANDRÉS, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anónima Editora, 2005.
- GONZÁLEZ-JÁCOME, JORGE, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional”, en: Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. n° 110. Julio - diciembre del 2005., “El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica”, Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. n° 112. Julio - diciembre del 2006.
- GRIFFITH, J. A. G., *The politics of the judiciary*, London: Fontana, 1997.
- HÄBERLE PETER, *El Estado constitucional*, Estudio introductorio de DIEGO VALADÉS, Traducción e índices de HÉCTOR FIX-FIERRO, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- HART, HERBERT, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1963.
- HERVADA, JAVIER, *¿Qué es el derecho?: la moderna respuesta del realismo jurídico: una introducción al derecho*, Pamplona: EUNSA, 2002.
- IGARTUA-SALAVERRÍA, JUAN. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid: Civitas, 1998.
- KENNEDY, DUNCAN. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005.
- LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*. Editorial Legis, Bogotá: 2006., *Teoría impura del derecho*. Temis, Bogota: 2004., “El papel de los jueces y de la jurisprudencia en la Constitución de 1886: apuntes históricos sobre la Corte de Casación en la regeneración”, en: Justicia Constitucional, Pontificia Universidad Javeriana y Ed. Legis, Bogotá: 2006.
- MALEM-SEÑA, JORGE F., *La vida privada de los jueces*, en: *La función judicial*, Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.
- MARZAL, ANTONIO (ed.), *Crisis del estado de bienestar y derecho social*, Barcelona: Bosch, ESADE, Facultad de Derecho, D.L. 1997.
- POZZOLO SUSANA, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, revista Doxa, número 21, volumen II, Cuadernos de filosofía del derecho, 1997.
- PURCELL, EDWARD A. JR., *New Haven, Brandeis and the progressive constitution: Erie, the judicial power, and the politics of the federal courts in twentieth-century America*, London: Yale University Press, 2000.
- RAMÓN-FERNÁNDEZ, TOMÁS, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid: Iustel, 2005.

- RESTREPO-PIEDRAHÍTA C., *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, compilación, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial - El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 33.
- SALGUERO MANUEL, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- SASTRE-ARIZA, SANTIAGO, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid: Mc Graw-Hill, 1999.
- TAMAYO Y SAIMORÁN, ROLANDO, “*Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica*”.
- TORRES FERNANDO (Ed.), *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Valencia: 1981.
- VALENCIA, ARTURO y ORTIZ, ÁLVARO, *Derecho civil. Parte general y personas*, Bogotá: Ed. Temis, Decimoquinta Edición. 2002.

