

## **ENTRE LA RESTRICCIÓN Y LA LIBERTAD: SOBRE LA POSIBLE PÉRDIDA DE LEGITIMIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL**

*Jorge González Jácome\**

### **RESUMEN**

Existen diferentes puntos de vista desde los cuales se puede abordar la argumentación jurídica. Algunos de ellos tratan de mostrar cómo hay una teoría correcta en la argumentación y de esta forma analizan los casos particulares para determinar si una argumentación concreta cumple o no con el modelo propuesto. Uno de los aportes fundamentales de los estudios jurídicos críticos (EJC) ha sido el de pensar el derecho sin un modelo teórico particular al cual deben acoplarse las realidades. En materia de argumentación jurídica, DUNCAN KENNEDY ha tratado de mostrar cómo al juez lo que le interesa en sus fallos es no perder legitimidad a pesar de que quiera fallar de acuerdo a un proyecto político. En este escrito se trata de mostrar cómo la descripción hecha por KENNEDY sobre la argumentación es una importante aproximación a la práctica que se da en algunos casos particulares en nuestra Corte Constitucional. Igualmente los EJC pueden mostrarnos un camino en donde la crítica a la argumentación puede adquirir un matiz más efectivo y práctico. Sostengo que una de las críticas hechas a las argumentaciones de la Corte Constitucional se ha realizado para tratar de mostrar si ella se acopla o no a un modelo específico de argumentación, lo cual no es productivo. Los EJC, en sus revisiones de la argumentación, nos pueden llevar a un campo de crítica más fértil que el que hasta ahora se ha propuesto en nuestro medio.

*Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2005  
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2005*

---

\* Abogado javeriano. Candidato a magíster en derecho de la Universidad de los Andes. Profesor investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javerianas. Miembro del Grupo de Estudios en Derecho Público reconocido por COLCIENCIAS. Este artículo se inscribe dentro de la línea de investigación de dicho grupo denominada "Justicia constitucional y sociedad".

**Palabras clave:** argumentación jurídica, Corte Constitucional y sus críticas, estudios legales críticos, ensanchamiento y estrechamiento de la ratio decidendi, teoría de fuentes del derecho.

## **BETWEEN CONSTRAINT AND FREEDOM: ABOUT THE POSSIBLE LOSS OF LEGITIMACY OF THE CONSTITUTIONAL JUDGE**

### **ABSTRACT**

*There are different points of view from which legal reasoning can be examined. Some argue that there is a correct theory of legal reasoning and therefore, they analyze particular cases in order to determine if a particular argument drawn by a judge or a court is coherent with a proposed theory. One of the main assets of Critical Legal Studies (CLS) is to think about law as a practice in which there is no need to establish a particular theory to grasp reality. In the area of legal reasoning, DUNCAN KENNEDY has tried to show us how the main concern of a judge is about legitimacy, even though in a particular case he will try to reach a decision that expresses a political project of his own. In this article I will try to show how the KENNEDY'S approach about the way a judge develops her legal reasoning, fairly describes some practices of the Constitutional Court. CLS can show us a path in which criticism towards legal reasoning can be more effective. I affirm that one of the criticisms against the Constitutional Court has tried to show how she is or is not coherent with a theory of legal reasoning that she may not share. This is a non-productive way to run criticism. In their writings of legal reasoning, CLS show a path for a more productive criticism than the one that has been made in Colombia so far.*

**Key words:** legal reasoning, Constitutional Court and its critics, critical legal studies, broadening and narrowing of the ratio decidendi, sources of law.

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

1. RECONFIGURANDO EL CAMPO JURÍDICO
2. UN NUEVO CAMPO PARA UN CASO POLÉMICO
3. LA CORTE CONSTITUCIONAL AL PATÍBULO: REVISIÓN DE UNA CRÍTICA
4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

## INTRODUCCIÓN

Dentro de la perspectiva en la cual se ha desarrollado el derecho como argumentación, los estudios críticos del derecho han visitado el ejercicio argumentativo, entre otros, a través de las reflexiones hechas por DUNCAN KENNEDY<sup>1</sup>. La forma como KENNEDY se acerca a la práctica de la argumentación judicial difiere de la manera como se han acercado autores como ALEXY<sup>2</sup> o ATIENZA<sup>3</sup>, en la medida en que estos últimos parten de reflexiones abstractas sobre unas formas correctas para llevar a cabo la práctica argumentativa. En otras palabras, una vez ALEXY y ATIENZA establecen la forma como se ha de llevar a cabo la argumentación, las argumentaciones particulares pueden ser juzgadas como correctas o incorrectas si se acoplan a dichos modelos.

Por su parte, KENNEDY está interesado en realizar reflexiones concretas sobre el derecho razón por la cual, en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, asume la posición de un juez federal que lidia con conflictos internos en el camino para proferir una sentencia a la que quiere llegar<sup>4</sup>. En ese sentido, en KENNEDY no

---

1 El problema de la adjudicación ha sido visitado en diversas ocasiones por este autor en las siguientes obras. KENNEDY, DUNCAN. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Harvard University Press, Cambridge, 1997, KENNEDY, DUNCAN. "Form and substance in private law adjudication" in *89 Harvard Law Review* 1685 (1976) y KENNEDY, DUNCAN. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999.

2 ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

3 ATIENZA, MANUEL. *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

4 KENNEDY DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999, págs. 91-97

parece haber un modelo ideal de argumentación como los que tratan de establecer ATIENZA o ALEXY, sino que su esfuerzo se dirige a mostrar cómo en el ejercicio de la adjudicación hay una carga ideológico política que trata de ser sorteada con éxito por parte del juez. La preocupación fundamental de KENNEDY cuando asume el papel de un juez de Boston es llegar a un fallo que sea percibido por una comunidad jurídico-política como legítimo, sin perder de vista el desarrollo de un proyecto político particular.

Para alcanzar con éxito ese objetivo político que se ve representado en la sentencia a la que quiere llegar, el juez debe sortear algunas sensaciones ambiguas sobre los resultados que aparentemente dictan los materiales jurídicos de los que dispone; estas sensaciones ambiguas experimentadas por el juez son descritas por KENNEDY como libertad y restricción. Uno de los momentos cuando se deja ver esa tensión entre la libertad y la restricción en la decisión judicial es en la exposición que KENNEDY hace sobre la percepción inicial que puede tener un juez sobre los resultados que aparentemente le brindan los materiales jurídicos a su caso. A eso él lo va a llamar el campo jurídico. De la posibilidad de “jugar” con ese campo jurídico y obtener un resultado legítimo, dependerá el éxito del juez. Una mala manipulación del material jurídico puede llevarlo a una sentencia políticamente favorable a sus intereses pero abiertamente percibida como ilegítima.

En este escrito que se dividirá en tres partes pretendo, en un primer momento, revisar la propuesta de KENNEDY con respecto a estas perspectivas iniciales sobre la configuración del campo jurídico, con el fin de mostrar, en una segunda parte, cómo en la sentencia Corte Constitucional, SU-047/1999, A MARTÍNEZ y C. GAVIRIA se pueden percibir las formas de manipulación del material jurídico de las que habla KENNEDY<sup>5</sup>. Igualmente, como una de las preocupaciones que se encuentra en la exposición de KENNEDY es la posible pérdida de legitimidad del juez cuando “manipula” el material jurídico para la resolución de un caso particular, quisiera examinar, en la tercera parte del escrito, este punto. Esto último lo haré a través de la exposición de una de las críticas doctrinales que en nuestro medio tuvo esta sentencia de la Corte. Sostendré que la crítica a la argumentación de la Corte en la sentencia no es consistente y que por tanto las acusaciones de pérdida de legitimidad que se le hicieron a la Corte por este caso particular, no se derivan de los ejercicios de acomodamiento del campo jurídico que realizó, sino del hecho de que en Colombia hay un debate sobre la teoría de las fuentes del derecho. El camino de la crítica a la argumentación hecha por la Corte Constitucional es menos fértil si se transita el

---

5 Esto ha sido tratado igualmente en LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Legis, Bogotá, 2000. Sin embargo en este artículo se quiere hacer un uso explícito de las herramientas de los estudios críticos del derecho (CLS).

trazado por las críticas dominantes en nuestro medio que si se hace siguiendo los postulados de KENNEDY.

## 1. RECONFIGURANDO EL CAMPO JURÍDICO

El problema inicial con el cual se enfrenta el juez KENNEDY es encontrarse ante una determinada situación fáctica respecto de la cual debe proferir un fallo y percibe de entrada que la solución que da un ordenamiento jurídico particular es contraria a la sentencia a la que él querría llegar de acuerdo a sus concepciones de justicia. La sentencia a la que un juez quiere llegar es trascendental en la exposición de KENNEDY en razón a que ella representa el objetivo político que se traza un juez en un caso particular y va a luchar para llegar a ella hasta que se lo permitan los recursos jurídicos y materiales. Esta sentencia es la que el autor llama “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar” —en adelante LSALQYQL<sup>6</sup>—. La tensión existente entre lo que se llama genéricamente en el texto “la ley”<sup>7</sup> y LSALQYQL da pie para que KENNEDY analice los caminos y las opciones que puede seguir un juez para superar la distancia que existe entre la solución dictada por el ordenamiento jurídico y LSALQYQL (brecha de obvedad)<sup>8</sup>.

Dentro de la propuesta de KENNEDY se puede percibir que el juez es atravesado por unas sensaciones de libertad y restricción. Estas sensaciones se derivan de la percepción que un juez tiene del resultado que aparentemente creería que dicta un material jurídico en un caso particular. Este material jurídico parece dictar un resultado contrario a su percepción de justicia en el caso particular y se constituye en la materia prima con la cual va a trabajar para poder proferir LSALQYQL. El juez se encuentra luchando no solamente contra la norma o el material jurídico, sino contra sus propias percepciones de lo que es el campo jurídico en donde se ubicaría su nuevo caso. De ahí que se afirme lo siguiente:

“Lo que me parece interesante de la situación tal y como la he descrito hasta este punto es que no estamos lidiando con un ‘caso regulado por una norma’ sino más bien con la percepción de que quizás una norma sí lo regule y que al aplicarla es muy probable que traiga como resultado un desenlace específico [...]. Mi posición como juez es similar a la

---

6 KENNEDY, 1999, *op. cit.*, pág. 120.

7 A lo largo de este escrito evitaré usar la palabra “ley” en un sentido restringido y utilizaré las acepciones *ordenamiento jurídico* y *derecho* para indicar que el conflicto no es sólo entre la fuente de derecho producida por el legislativo (ley en sentido formal) y la voluntad del juez, sino entre la sentencia querida y la solución que aparentemente dicta el conjunto del ordenamiento jurídico ante un caso particular.

8 KENNEDY, *op. cit.* pág. 91.

del abogado a quien un cliente le trae un caso que, tras una ojeada preliminar, el primero encuentra que es muy probable que su cliente pierda. La pregunta, por tanto es: ¿será posible que esta primera impresión prevalezca después de que ponga todo mi empeño en desarrollar una línea argumentativa y analítica alternativa?”<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende por qué KENNEDY presenta unas opciones sobre las diferentes configuraciones del campo jurídico que un juez puede percibir en una primera instancia. Por ejemplo, un juez puede percibir o creer que el caso que se le presenta se ubica dentro de lo que el autor llamaría un *campo minado*; el campo minado es la expresión extrema de la sensación de restricción del juez en donde será muy difícil proferir una decisión que supere de manera exitosa la brecha de obvedad, ya que se percibe que no hay una posibilidad de manipular el campo. Al parecer, se han proferido decisiones respecto de los hechos del caso que hacen que éste tenga que ser decidido de acuerdo, por ejemplo, a precedentes muy claros que han sido usados de manera consistente y repetida en el tiempo por los tribunales. Sin embargo, este *campo* se presenta *minado*, probablemente por el temor inicial con el que un juez aborda el caso (es decir, su percepción) que lo hace creer que no podrá desarrollar un buen argumento que le permita llegar a LSALQYQL<sup>10</sup>.

Así, la preocupación inicial de un juez que se enfrenta a una percepción de que su campo es minado va a ser la de cómo transformar su campo para que no funcione como una forma de restricción que le haga imposible superar la brecha de obvedad de manera exitosa. Un juez debe tratar de reconfigurar el campo que cubre a un determinado caso a través de diferentes estrategias que le permitan sentirse más libre que en el caso del campo minado.

El otro extremo de configuración de campo del que habla KENNEDY es el que denomina *caso de primera impresión*. Cuando un juez logra percibir que su caso se ubica en un campo de este tipo, su sensación es más de libertad que de restricción; encuentra que alrededor de su caso no hay materiales jurídicos cerca que predeterminen que la solución deba ser en un sentido u otro.

---

9 Ibidem, pág. 107.

10 Ibidem, págs. 158-9. Quisiera resaltar el hecho de que KENNEDY atribuya la percepción del campo minado, probablemente, al temor inicial con el que un juez aborda el caso y que de no ser posible replantear los hechos está en graves problemas. KENNEDY pone a jugar las sensaciones humanas de un juez al fallar y de ahí señale en la única nota al pie de página de su escrito una continuación de su trabajo con algunas vertientes del realismo jurídico. Para una descripción sencilla de algunas corrientes del realismo jurídico véase el prólogo de JULIO CUETO RÚA en FRANK, JEROME, *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.

“Algunas veces el campo está completamente estructurado en todas partes excepto en las inmediaciones del caso que tenemos a mano. La línea fronteriza resulta imprecisa en el área que circunda a la obstrucción de la vía; no se ven precedentes cerca [...] [y] todo el mundo aceptaría la existencia de buenos argumentos jurídicos para ambas partes y todo el asunto parece tener la misma atmósfera que suele rodear a los eventos deportivos solemnes”<sup>11</sup>.

De esta forma, las herramientas planteadas por KENNEDY pueden ser mecanismos a través de los cuales podemos ubicar un caso en uno u otro campo. KENNEDY nos presenta varias estrategias para hacer esto y una de ellas es el replanteamiento de los hechos del caso. Este replanteamiento, se puede lograr, por ejemplo, dándole más relevancia a ciertas cuestiones de los hechos para que un determinado caso sea cobijado por un material jurídico distinto al que inicialmente creíamos y así iríamos reconsiderando nuestra percepción inicial sobre el campo<sup>12</sup>.

Por ejemplo, si un grupo de desplazados invadiera unos terrenos privados y se ordenara un desalojo por vía de un procedimiento policial de esta propiedad y los desplazados se resistieran a salir de ese terreno porque no tienen a dónde ir, podría trabarse un conflicto entre el propietario del terreno quien solicita que se cumpla la orden de desalojo y los invasores. Un juez preocupado por la situación social de los desplazados evitaría hacer alusiones a la invasión de la propiedad. Trataría de hacer un énfasis en la gravedad de la situación del desplazamiento y en la necesidad de tratar de manera especial a un grupo de población como éste. Haría que el conflicto dejara de ser controlado por el material jurídico referente a la propiedad y replantearía los hechos de tal forma que su caso lo cobijen cláusulas sobre personas afectadas por el conflicto armado, el derecho internacional humanitario (DIH) o los derechos humanos (DDHH)<sup>13</sup>.

Al replantear los hechos, el juez está influyendo en el precedente que resulta aplicable a un determinado caso y por tanto estaría escapándose de la *ratio decidendi*<sup>14</sup> que inicialmente lo cobijaría. El replanteamiento de los hechos podría hacerse en provecho de plantear una disanalogía entre los hechos que ocurrieron en el caso “x” fallado ayer y el caso “y” que se tiene que fallar hoy, razón por la cual la *ratio decidendi* del primero no se aplica al segundo. Por ejemplo, en nuestro caso anterior, plantear los hechos en el marco de violaciones al DIH y a los DDHH nos

---

11 KENNEDY, *op. cit.* pág. 160.

12 *Ibidem*, págs. 138-9.

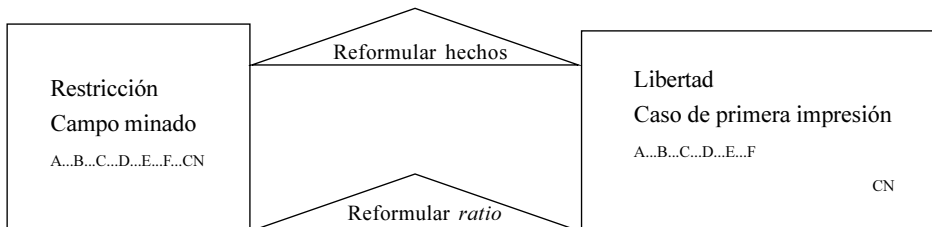
13 Creo que algo así ocurre en CConst, SU-1150/2000, E. Cifuentes en uno de los casos que se presentan en dicha acción de tutela.

14 Por *ratio decidendi* entendemos aquella parte de la decisión judicial que es vinculante para casos futuros y que es esencial a la decisión.

trae la ventaja de que no habría que aplicar, en caso de que existieran, la *ratio decidendi* que se aplicó en casos anteriores sobre la protección del derecho de propiedad ante los invasores. En esos casos anteriores los invasores no eran desplazados, razón por la cual resaltar este hecho hará que la *ratio decidendi* de las sentencias anteriores sea más estrecha de lo que habíamos pensado porque se aplicaba a los casos en los que había invasión de propiedad por parte de personas que no eran desplazadas. Así, la *ratio decidendi* no pasa sobre los casos en los cuales los invasores eran desplazados. Así el juez percibirá que la *ratio decidendi* de las sentencias anteriores no cubre su caso de desplazamiento forzado.

“El estrechamiento de la *ratio decidendi* del caso, que ocurre al replantearla como una norma que para poderse implementar depende de muchísimos posibles detalles particulares y peculiares de cada caso, no es más que acortar la línea que corre a lo largo de los hechos en el campo. Significa que existirán menos situaciones concretas hipotéticas capaces de ‘cobijarse’ dentro de la *ratio decidendi* del caso y por tanto en el caso tendrá mucho menos efectos estructurales sobre el campo que lo rodea”<sup>15</sup>.

En síntesis, y para cerrar esta sección en donde quería presentar las tensiones entre libertad y restricción en la reconfiguración de los campos y algunos mecanismos que tiene el juez para moverse del extremo de la restricción al de la libertad, se puede señalar que a través del juego con la situación fáctica y el precedente (*ratio decidendi* anterior) el juez puede cambiar la percepción de un campo minado en contra de sus intereses (y de LSALQYQL) y moverse hacia un caso de primera impresión (asumiendo que el desplazamiento no tuviera precedentes). Gráficamente, la propuesta de KENNEDY que he querido resaltar es la siguiente:



En el primer cuadro encontramos un panorama inicial en donde el juez percibe que se han resuelto unos casos A, B, C, D, E y F los cuales deberían dictar el resultado del caso nuevo (CN). Sin embargo, un juez que no quiera fallar CN en esa línea utilizará unas estrategias: la reformulación de los hechos y de la *ratio* con el fin de moverse a un panorama más libre. La libertad a la que sería posible e ideal llegar para un juez sería a la de alcanzar un caso de primera impresión, en donde los fallos A, B, C, D, E y F no cobijen al CN ni estén cercanos.

<sup>15</sup> KENNEDY, *op. cit.*, págs. 142-3.

Pasar de una sensación de restricción a una de libertad es la que creo se percibe en la argumentación encontrada en Corte Constitucional, SU-047/1999, A. MARTÍNEZ y C. GAVIRIA, tal como pasamos a verlo en la siguiente sección.

## 2. UN NUEVO CAMPO PARA UN CASO POLÉMICO

En 1999 la Corte Constitucional falló una acción de tutela que interpuso una congresista que había sido miembro de la Cámara de Representantes entre 1994 y 1998. Durante 1996, después de que el Fiscal General de la Nación había presentado una denuncia contra el Presidente de la República ante la Cámara de Representantes, este cuerpo colegiado resolvió que no había méritos suficientes para acusar al presidente ante el Senado, razón por la cual precluyó (cesó) la investigación en su contra. Unos meses después de que se tomara esta decisión en la Cámara de Representantes, un grupo de ciudadanos denunció ante la Corte Suprema de Justicia a los representantes que habían votado a favor de la preclusión de la investigación contra el presidente, por el delito de prevaricato. La Corte Suprema de Justicia, una vez revisadas las pruebas con las que contaba, decidió abrir a instrucción y vincular mediante indagatoria a los representantes que habían votado la absolución del presidente. Una de las personas vinculadas a este proceso penal interpuso una acción de tutela contra la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que consideraba que se violaba el derecho de los congresistas a la inviolabilidad de las decisiones que tomaban en el ejercicio de su labor<sup>16</sup>.

Así, uno de los problemas jurídicos que se le planteaba a la Corte Constitucional en aquel entonces era decidir si el derecho a la inviolabilidad de las opiniones de los congresistas, consagrado en la Constitución, impedía a la Corte Suprema de Justicia abrir un proceso penal en contra de aquéllos por un delito en el que habían incurrido ejerciendo función judicial (juzgar al presidente). Si la Corte Constitucional concedía la tutela, la Corte Suprema de Justicia tenía que cesar los procesos penales sobre los congresistas ya que éstos serían inviolables en sus opiniones, incluso en aquellas que tienen que ver con sus funciones judiciales. Si por el contrario, la Corte Constitucional no concedía la tutela, el resultado iba a ser que la Corte Suprema de Justicia seguiría el juicio contra los representantes (111) de aquél entonces. El fallo, entonces, tenía una trascendencia política evidente.

Teniendo en cuenta que para la Corte ya era claro que en la jurisdicción constitucional los precedentes eran una fuente principal para proferir sus fallos<sup>17</sup>,

---

<sup>16</sup> Véase el artículo 185 de la Constitución Política.

<sup>17</sup> Véase LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 11-51.

ella tenía que lidiar con dos sentencias que en su momento habían tocado el tema de la inviolabilidad de las opiniones de los congresistas que apuntaban en su texto a que los congresistas, cuando cumplían funciones judiciales como la que habían desempeñado en el juicio del presidente de la época, no eran inviolables en sus opiniones y por consiguiente eran sujetos de la acción penal.

Las sentencias C-222/1996 y C-245/1996 eran, aparentemente, las que configuraban un campo para el fallo de la Corte y podían ser leídas como un campo minado en donde el resultado que se dictaba era el siguiente. El principio de la inviolabilidad parlamentaria no es absoluto y cuenta con una excepción: cuando los congresistas cumplen funciones judiciales. En esos casos los congresistas son sujetos a la acción penal. En la primera de estas sentencias se señaló:

“[L]a índole judicial de la función analizada, impone *hacer extensivo a éstos el régimen aplicable a los jueces*, como quiera que lo que se demanda es una decisión objetiva e imparcial en atención a los efectos jurídicos que ha de tener. Sin perjuicio de que las decisiones que se adopten sean colegiadas, los miembros de las cámaras, *en su condición de jueces, asumen una responsabilidad personal, que incluso podría tener consecuencias penales*”.

Por su parte, en la sentencia C-245/1996, la Corte Constitucional se había pronunciado en el mismo sentido cuando confirmaba que el principio de la inviolabilidad parlamentaria no era absoluto:

“La inviolabilidad consiste en que un congresista no puede ser perseguido en razón a las opiniones expresadas durante el curso de su actividad parlamentaria ni por los votos que emita, como dice la norma, en ejercicio del cargo. Es una institución que nace en el Parlamento moderno y que busca garantizar la independencia de éste frente a los poderes, especialmente frente al poder ejecutivo. Pero en manera alguna puede interpretarse el artículo 185 en el sentido de que la inviolabilidad significa una excepción al principio general de la publicidad de los actos del Congreso, menos aún, *implique inmunidad judicial*”.

Ante la existencia de estas dos sentencias que se habían pronunciado con anterioridad al caso que fallaba la Corte, cualquier magistrado hubiera podido percibir que se estaba frente a un campo minado. El resultado hacia el que apuntaban las dos sentencias era a que, en el caso actual, la Corte Suprema de Justicia debía continuar adelante con el proceso penal en contra de los congresistas.

Sin embargo, la Corte Constitucional, sin negar que debía seguir sus precedentes y sin decir abiertamente que estaba cambiando de jurisprudencia, reconfiguró el campo para tratar de hacer parecer que el caso nuevo se presentaba como un caso

de primera impresión, al cual no se le aplicaba lo decidido en las sentencias que citamos anteriormente.

Lo primero que se ve obligada a hacer la Corte es a precisar la *ratio decidendi* de las sentencias anteriores de tal forma que, a partir de su estrechamiento, al nuevo caso no se le aplique la *ratio* de los pronunciamientos anteriores. Para esto, en la sentencia SU-047/99 se define la *ratio decidendi* como un principio general de una decisión de un caso, más allá de sus particularidades irrelevantes y que constituye la base de la decisión judicial. En contraposición a la *ratio* existen los *obiter dicta*, los cuales son conformados por todos aquellos pronunciamientos del juez que lo ayudan a motivar al fallo, pero que no son necesarios para la decisión. Podría decirse que son aquellos apartes de un pronunciamiento del juez que, si son imaginariamente borrados de la sentencia, se llega a la misma decisión. Siendo la *ratio* la única parte vinculante, la Corte pasa ahora a un ejercicio de interpretación de la *ratio* de las sentencias C-222/96 y C-245/96 con el fin de estrechar dicha *ratio* para que el caso nuevo de la SU-047/99 no quede cobijado por ese precedente y el juez se encuentre ante un caso de primera impresión.

La Corte concluye que los apartes que transcribimos más atrás y que parecen dictar una solución desfavorable a la solicitante de la acción de tutela son *obiter dictum* y por tanto no obligan a la Corte a fallar de la misma manera. De esta forma, en la C-222/96, la Corte se había pronunciado sobre la inconstitucionalidad de algunos artículos del reglamento del Congreso en los que se desconocían las facultades de las plenarias de las cámaras, atribuyendo algunas funciones a las comisiones. Ninguna de estas normas tenía que ver con la inviolabilidad de los congresistas, razón por la cual los pronunciamientos que se referían a la función judicial nada tenían que ver con la decisión final de la Corte. El primer ejercicio de estrechamiento de la *ratio* había sido exitoso y no tan problemático. Es claro que lo dicho sobre la función judicial nada tenía que ver sobre las potestades de las plenarias del Congreso y por ende el caso nuevo no estaba cobijado por lo dicho en C-222/96.

Más difícil fue la reconfiguración del campo mediante el estrechamiento de la *ratio* para la sentencia C-245/96. En dicha oportunidad la Corte había declarado inexecutable una disposición de la Ley 5 de 1992 en la que se consagraba que en materia de la proposición de acusación ante el Senado, la votación de los representantes debía ser secreta. A simple vista, el ejercicio de estrechamiento de la *ratio* iba a ser más complejo porque en esta ocasión sí se refirió a la función judicial de los representantes. La Corte en su oportunidad decidió que la norma era inexecutable no por el hecho de que a la función judicial del Congreso se le hacía extensivo el mismo régimen de los funcionarios de la rama judicial como podría creerse. Para la Corte, la razón que llevó a la declaratoria de inexecutable fue que debido a esa disposición de hacer secretos los votos de los representantes

se atentaba contra el *principio constitucional de publicidad* de las actuaciones del Congreso.

Podemos ver cómo la Corte a través del estrechamiento de la *ratio* pasó de un campo minado que dictaba un resultado en una línea, a un caso de primera impresión. La primera *ratio* que la Corte tuvo la impresión de que tenía que aplicar dictaba una regla que podríamos redactar así:

“Teniendo en cuenta que el principio de la inviolabilidad parlamentaria no es absoluto, en aquellos eventos en los cuales los congresistas ejerzan función judicial se les hará extensivo el régimen de responsabilidad penal que cobija a los funcionarios de la rama judicial”.

Esta era la *ratio* que aparentemente era aplicable y que se derivaba de dos casos recientes.

En su esfuerzo de estrechamiento, la Corte establece dos *ratios* distintas para las sentencias que en apariencia le moldeaban el caso. La sentencia C-222/96 consagraba una *ratio* que señalaba lo siguiente:

“Las potestades que se atribuyan a las comisiones del Congreso no pueden desconocer la competencia dada a las plenarios de las cámaras en materia de decisiones esenciales”.

Por su parte la *ratio* de la sentencia C-245/95 se puede establecer así:

“Cuando los congresistas ejercen función judicial no pueden hacer sus votos secretos en la medida en que esto es contrario al principio constitucional de publicidad de las actuaciones del Congreso”.

Teniendo en cuenta estas dos *ratios* distintas establecidas para las sentencias que aparentemente dictaban una línea y constituían un campo minado, la Corte encontró que para su nuevo caso no había precedente aplicable<sup>18</sup>. La Corte logró reconfigurar el campo<sup>19</sup> como un caso de primera impresión en los términos de KENNEDY a través de la reinterpretación de la *ratio decidendi*. El juez del caso

---

18 De esto puede dar fe la gran cantidad de citas de doctrina con la que cuenta esta sentencia, lo cual fue usual en las primeras sentencias de la Corte cuando no había precedente que seguir. Esto ocurre en Corte Constitucional, T-002/92, A MARTÍNEZ e igualmente en Corte Constitucional, C-221/94, C. GAVIRIA cuando se presentaba un caso novedoso como la despenalización de la dosis personal.

19 Este logro no es algo que siempre se dé. KENNEDY señala que hay veces que el campo cede y otras no. KENNEDY, *op. cit.* pág. 218.

pudo hacer una interpretación directa del texto constitucional que le permitió conceder la tutela a la solicitante y hacer cesar el proceso penal que la Corte Suprema de Justicia seguía contra los representantes<sup>20</sup>.

La pregunta que resta entonces por responder después de esto, y teniendo en cuenta las recurrentes preocupaciones de KENNEDY, es qué tanta legitimidad perdió la Corte con este fallo *gracias a esta argumentación*.

### **3. LA CORTE CONSTITUCIONAL AL PATÍBULO: REVISIÓN DE UNA CRÍTICA**

El juez debe hacer los cálculos de legitimidad de tal forma que en la superación de la brecha de obviada no vaya a ser cuestionado. KENNEDY plantea una posibilidad de medición de esto al señalar que,

“podemos plantear la hipótesis según la cual la posibilidad de que el juez desplace la ley hasta alcanzar el resultado querido es, proporcionalmente, más pequeña en la medida en que sea mayor la cantidad de trabajo que tenga que desplegar y el riesgo de perder credibilidad”<sup>21</sup>.

En principio podría decirse que la Corte luchó contra dos aparentes precedentes y su trabajo no fue excesivo como si se hubiera tenido que enfrentar a otros materiales jurídicos no producidos por ella. Por otra parte, el juez no acudió a tácticas que hubieran podido ser más costosas desde el punto de vista de la legitimidad como haberle negado el carácter vinculante a sus decisiones anteriores, lo cual hubiera sembrado una sombra de duda sobre la labor de la Corte.

No obstante lo anterior, en una de las críticas realizadas a la Corte sobre su papel institucional se toma como ejemplo este caso para mostrar los “errores” de este tribunal al haber modificado su propia doctrina. Sobre este punto se ha dicho:

“Particularmente audaz ha sido también la Corte Constitucional cuando asume que es procedente modificar la doctrina de los fallos que gozan de la fuerza de cosa juzgada constitucional mediante reinterpretaciones de la misma Corte al revisar fallos de tutela;

---

20 Nótese que acá no he explorado las intenciones políticas que pudieron haber llevado a la Corte a expedir un fallo en este sentido. He trabajado todo el tiempo asumiendo que ese era un fallo al que quería llegar la posición mayoritaria de la Corte con el fin de concentrarme en la metodología y no en la intención política del juez que sería otro frente de trabajo.

21 KENNEDY, op. cit. p. 213

la audacia deriva del hecho objetivo de que la jerarquía de las fuentes del derecho no puede ser trastocada por la voluntad del juez constitucional. Sin embargo, ello sucedió en la sentencia SU-047 de 1999 mediante la cual se modificó la doctrina constitucional contenida en dos fallos de constitucionalidad”<sup>22</sup>.

Podemos traducir la crítica en los siguientes términos. Según lo que acabamos de transcribir, el campo no sólo tenía la apariencia de ser minado sino que efectivamente *era* minado; los fallos que le marcaban un derrotero a la Corte que debía seguir eran sentencias de tipo “C”, es decir, de aquellas que tienen la posibilidad de eliminar una norma con rango legal del ordenamiento jurídico. Por tanto, si estas sentencias pueden declarar inexequibles las normas con rango de ley, estas mismas sentencias tienen rango de ley, lo cual lleva a la Corte a que no puede desconocer en una sentencia de tutela (bien sea “T” o “SU”) lo dicho en una sentencia tipo “C” porque el juez siempre está supeditado a la ley (en sentido formal). La Corte no podía distanciarse de lo dicho en C-225/1996 y C-245/1996 por el rango de estas sentencias en el sistema de fuentes colombiano.

Haber hecho esto, entonces, llevó a desconocer que Colombia es un país de tradición continental<sup>23</sup> en donde no existen los precedentes como fuente primaria de derecho; la ley sí es una fuente primaria. En la sentencia SU-047/99, no se trataba de seguir o no el precedente sino de seguir lo que se había dicho en una norma con fuerza de ley como lo es una sentencia tipo “C”<sup>24</sup>.

Para terminar con las críticas que se hacen a la Corte en punto de su legitimidad, que es uno de los factores que al juez KENNEDY le debe preocupar si quiere conservar su asiento y respeto de sus colegas jueces, se señala que en este fallo se percibe que:

“[L]a Corte Constitucional siembra la incertidumbre, relativiza la fuerza de la cosa juzgada constitucional, desconoce nuestro sistema de fuentes de derecho y se despoja de toda atadura jurídica, lo que es improcedente en términos jurídico-constitucionales e inconveniente para el país en general y para la misma Corte que ve minada su credibilidad [...] [C]onviene que la Corte conduzca y reconduzca su comportamiento institucional, toda vez que el Estado de derecho, contenido dentro del Estado constitucional, no

---

22 MORELLI RICO, SANDRA, *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001, pág. 14.

23 Por tradición continental se entiende los herederos de una historia jurídica nacida en Roma y releída en Europa continental por los franceses especialmente, donde la ley expedida por el Congreso es la fuente principal de derecho. Una posición en este sentido es la sostenida por el magistrado JAIME ARAÚJO en su salvamento de voto a la Corte Constitucional, C-836/2001, R. ESCOBAR.

24 MORELLI RICO, 2001, *op. cit.*, págs. 24-6.

puede ser considerado como un principio y a la vez valor absoluto para todas las instancias estatales, con excepción de la Corte Constitucional”<sup>25</sup>.

Hasta acá la crítica. Sin embargo, no creo que la labor desarrollada por el juez en la sentencia que analizamos en el acápite anterior sea la causante de la pérdida de legitimidad de la Corte. De la crítica que se está haciendo hasta este punto no creo que se siga que la metodología que siguió el juez constitucional no le permitió superar convincentemente la brecha de obiedad. En efecto, la crítica y la Corte parecen establecer un diálogo disímil en donde la incomodidad del autor no es por la sentencia, sino por la teoría de fuentes del derecho con la que falla la Corte. Es decir, una crítica que le preocuparía a KENNEDY sería, por ejemplo, que la reformulación de la *ratio* en la sentencia C-245/96 no es exacta y que fue un trabajo demasiado forzado. Pero esta no es la crítica que se hace.

La crítica lo que nos permite ver es que hay un desacuerdo en Colombia sobre las fuentes del derecho. Mientras que para la Corte es claro que debe haber un respeto al precedente, para la crítica que transcribimos no puede hablarse de precedente por un problema de la “tradicón”. Para estos abogados tradicionalistas, en nuestro país es inaceptable hablar de un derecho jurisprudencial porque la fuente primaria de derecho es la ley y en eso radica la pérdida de legitimidad de la Corte. Sin embargo, otros abogados en Colombia comprometidos con el derecho jurisprudencial consideran que esta visión tradicionalista no es una adecuada descripción del sistema de fuentes del derecho en Colombia, razón por la cual una sentencia como la que piden los tradicionalistas hubiera sido blanco de su crítica<sup>26</sup>.

En conclusión, podría decirse que el fallo SU-047 de 1999 no es una fuente de la ilegitimidad de la que se queja la crítica de MORELLI. La crítica se escuda en el fallo para mostrar una concepción teórica que juzgan correcta pero que ha sido derrotada. Fallos como el que analizamos han servido para mostrar la ilegitimidad de la Corte Constitucional poniéndola al borde del prevaricato. Sin embargo, esa crítica a la Corte no hace un esfuerzo por revisar la adecuada aplicación de la teoría que el juez sostiene (por ejemplo, discutir sobre la reinterpretación de la *ratio*), sino que trata de mostrar que la teoría de la crítica es la “correcta” y por tanto cualquier desvío de ella es percibido como ilegítimo. La acusación de ilegitimidad hecha a la Corte es poco plausible en estos términos, porque estarían en últimas catalogando de ilegítima una teoría. La ilegitimidad debería medirse en el siguiente sentido: si se sostiene una teoría “x”, quien la desarrolle debe ser consecuente con sus postulados. Creo que esta es más la preocupación de KENNEDY en la relectura del precedente y

---

25 *Ibidem*, págs. 32-3.

26 LÓPEZ, 2000, *op. cit.*

creo que es hacia donde se debería dirigir la crítica. Qué tan convincente sea el juez en su reinterpretación de la *ratio* es donde se calcula su legitimidad; no en si compartimos o no su teoría del derecho. Esto último es lo que creo que hace MORELLI al señalar que su actuación de acuerdo a la teoría “x” es ilegítima porque está en desacuerdo con la teoría “y” que es la *correcta*. No hay sólo dos teorías sobre las fuentes del derecho basadas en la tradición, sino múltiples incluso dentro de las propias tradiciones. Por ejemplo, solamente para citar una de ellas, se ha dicho que no hay posibilidades de preordenar jerárquicamente las fuentes de un sistema ya que ellas están en una relación de competencia. Ganará esta competencia aquella que le presente al operador jurídico mayores elementos que lo convenzan de que ella es la fuente que mejor se acopla al caso. Detrás de esta relación de competencia hay actores políticos que luchan por decir el derecho en los sistemas jurídicos contemporáneos<sup>27</sup>.

Así, considero que la crítica se hubiera podido dirigir de manera más exitosa y provechosa, por ejemplo, a la probablemente dudosa reconstrucción de la *ratio* de la sentencia C-245/96 y no tanto a la legitimidad o no de las teorías sobre las fuentes basados en argumentos de tradición que tienen un dudoso peso<sup>28</sup>.

#### 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta la extensión del texto que se presenta y que en cada acápite se han ido esbozando conclusiones sólo quisiera recordarle al lector algunas ideas que se han visto más arriba: para KENNEDY el campo puede ser una representación inicial del lugar que el juez cree que ocupa su caso con relación a los materiales jurídicos. Esa percepción inicial puede irse modificando con diferentes estrategias como la reconfiguración de los hechos y el replanteamiento de la *ratio decidendi*. Para ilustrar la forma como un campo minado puede llegar a ser uno en el cual el caso se presenta de primera impresión nos valimos de la sentencia SU-047/1999 en donde la Corte reconfigura la *ratio* para escapar a un *aparente* precedente. Algunas críticas han tratado de ver una ilegitimidad en esta sentencia de la Corte pero tratan de medir su ilegitimidad por aplicar una teoría jurídica que aquéllos no consideran viable para Colombia. Por ende esas críticas no dan en el blanco. La crítica

---

27 Esta es una teoría especialmente vista desde el derecho comparado en MATTEI, UGO, *Comparative law and economics*, The University of Michigan Press, 1998, págs. 101-121.

28 Digo que es dudoso el peso de este argumento en razón a que la tradición misma es un campo que se construye y se reinventa permanentemente para legitimar proyectos políticos particulares. Al respecto véanse los comentarios sobre el derecho romano en MONATERI, P.G., “*Black Gaius: a quest for the multicultural origins of the Western legal tradition*” en *51 Hastings Law Journal* 479, 2000.

encontraría mejores posibilidades si se reconfigurase en el sentido de medir las “adecuadas” aplicaciones de acuerdo a la teoría que parece sostener la Corte, por ejemplo, en punto de fuentes del derecho, para hacer mediciones más plausibles de legitimidad<sup>29</sup>.

Sin embargo es evidente que quedan algunas preguntas abiertas aún. Por ejemplo, si se ha dicho que los estudios críticos no dicen que el derecho es una práctica indeterminada en el sentido en el que es imposible de predecir los fallos de los jueces<sup>30</sup>, la sentencia que se ha presentado indica lo contrario en la medida en que pareció escaparse de un precedente que era aplicable al caso que se fallaba. ¿Cuáles son entonces las limitaciones del juez en la decisión judicial? Creo que esto hace parte de un trabajo en el cual se podría revisar dónde es que KENNEDY percibe la restricción y si ella no es más que una ilusión que se traduce en cuestiones más concretas que pesan en la decisión del juez constitucional como: satisfacción por parte del superior jerárquico en el fallo del juez inferior, exitosa lidia con el problema del prevaricato, sostenimiento de un *statu quo* de una determinada corporación judicial, la percepción del público respecto de los jueces o la tensión entre los poderes públicos. Dejo estas últimas reflexiones simplemente como un interrogante abierto para futura discusión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.
- ATIENZA, MANUEL, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- FRANK, JEROME, *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.
- GORDON, ROBERT, “Algunas teorías críticas del derecho y sus críticas” en GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (ed.), *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, págs. 191-212.
- KENNEDY, DUNCAN, “*Form and substance in private law adjudication*” in *89 Harvard Law Review* 1685, 1976.
- KENNEDY, DUNCAN, *A critique of adjudication: fin de siècle*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

---

29 Esto es algo que intenta hacer el magistrado EDUARDO CIFUENTES en su salvamento de voto de la sentencia analizada.

30 GORDON, ROBERT, “Algunas teorías críticas del derecho y sus críticas” en GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (ed.), *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 207.

KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá, 2000.

MATTEI, UGO, *Comparative Law and Economics*, the University of Michigan Press, 1998.

MONATERI, P.G., “*Black Gaius: a quest for the multicultural origins of the ‘Western legal tradition’*” en *51 Hastings Law Journal* 479, 2000.

MORELLI RICO, SANDRA, *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001.

## **Sentencias de la Corte Constitucional utilizadas**

Corte Constitucional, T-002/1992, A. MARTÍNEZ.

Corte Constitucional, C-221/1994, C. GAVIRIA.

Corte Constitucional, C-222/1996, F. MORÓN.

Corte Constitucional, C-245/1996, V. NARANJO.

Corte Constitucional, SU-047/1999, C. GAVIRIA y A. MARTÍNEZ.

Corte Constitucional, SU-1150/2000, E. CIFUENTES.

Corte Constitucional, C-836/2001, R. ESCOBAR.