

Estado del arte: La discrecionalidad judicial en Colombia.

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



Estado del arte: La discrecionalidad judicial en Colombia.

Autores

Erick Giraldo Arbeláez

José Miguel Carmona López

Asesor

Iván Cadavid Guerrero

2020

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

Dedicatoria

A todos nuestros familiares y profesores que hicieron parte de este bonito proyecto.

Agradecimientos

iv

A nuestro asesor, el Sr. Iván Andrés Cadavid Guerrero, por ser nuestro guía en esta investigación y darnos su apoyo a lo largo de este trabajo.

RESUMEN

La discrecionalidad judicial es uno de los instrumentos de aplicación normativa a los que el juez puede acudir en el ejercicio de su función jurisdiccional, sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano contempla diferentes limitaciones constitucionales a las que el juez debe obedecer, abriendo paso a instrumentos de interpretación opuestos como la subsunción ó silogismo jurídico. En este trabajo, de la mano de grandes autores, queremos encontrar la justa medida que planteamos al principio del texto, pues más que doctrinariamente, jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha sido un referente a nuestra investigación, manifestando de qué manera el juez puede hacer frente a estas situaciones de interpretación normativa.

Palabras clave: Función judicial; norma jurídica; discrecionalidad judicial; jueces y silogismo jurídico.

ABSTRACT

Judicial discretion is one of the instruments of normative application to which the judge can resort in the army of his jurisdictional function, however, the colombian legal system contemplates different constitutional limitations that the judge must obey, opening the way to instruments of opposite interpretation such as subsumption or legal syllogims. In this work, with the help of great authors, we want to find the right measure that we proposed at the beggining of the text, because more tan doctrinably, jurisprudentially, the constitucional court has been a reference to our investigation, stating how the judge can face these situations of normative interpretation.

Keywords: Judiciary; rule; judicial discretion; judges and legal syllogism.

Tabla de contenido

Introducción	1
Pregunta problematizadora	2
Hipótesis	2
Justificación	2
Objetivos	4
Objetivo general	4
Objetivos específicos	4
Estado del arte	4
Capítulo 1	8
Capítulo 2	15
Capítulo 3	26
Capítulo 4	41
Conclusiones	49
Bibliografía	53

Introducción

El juez de conformidad con la constitución debe acudir siempre en la realización de su función, al respeto de los principios constitucionales y normas sustanciales del derecho, por lo cual, en el momento de tomar decisiones a través del poder otorgado por la ley, sus providencias deben ser uniformes a los órganos superiores y las normas legales pertinentes.

Sin embargo, no es extraño que el juez se vea sometido a resolver situaciones en las cuales la norma convoca o se dirige en varios sentidos posibles, por lo cual se requiere de la autonomía del juez para que este realice un juicio interpretativo, coherente y razonable jurídicamente, en el cual debe considerar si es necesario apartarse de los precedentes judiciales o líneas jurisprudenciales existentes.

La discrecionalidad judicial es el punto de partida para este trabajo, puesto que es el instrumento interpretativo del cual se procederá a analizar las facultades interpretativas que asisten la función judicial. No obstante, a lo largo de este proyecto, se proyectan diferentes objetivos que permiten esclarecer el interrogante que da nacimiento a este trabajo. El silogismo es uno de los instrumentos que la hermenéutica jurídica deja sobre la mesa para que el juez¹ acuda a éste con el fin de proveer claridad y precisión a sus decisiones, puesto que la lógica es el fundamento propio del cual se desarrolla tal instrumento; sin embargo, cuando se plantean casos difíciles, o que no son propios de ser resueltos bajo una óptica exegética de las normas, el silogismo carece de idoneidad para cumplir con un objetivo más amplio que la mera cúpula de premisas traducibles a hechos jurídicamente relevantes y normas vigentes; por lo que es en el vértice de la estructura judicial, más precisamente en los órganos de cierre, dónde se ubica la interpretación normativa.

¹ La estructura judicial y legal durante la Roma republicana constituían una unidad de funciones y poderes, diferente a la división actual. De este modo, como explica Álvaro d'Ors, el juez cesaba en su función jurisdiccional para desarrollar otra función, la legislatura. Durante la legislatura al juez lo acompañaba un poder edictal y durante la época de su función jurisdiccional, el poder decisor (1995, p. 7).

En la carta política de 1991, además de encontrarnos con un catálogo de derechos y obligaciones atribuidos a los ciudadanos pertenecientes a la nación colombiana, también encontramos que es la norma encargada de definir la estructura y organización estatal. Por lo tanto, es la Constitución quien llama a los jueces a impartir justicia guardando un digno y supremo respeto por las disposiciones y mandatos que ésta consagra; un respeto que debe ser evidenciado en cada una de las providencias que componen la actividad judicial. El imperio de la ley es el acicate del desarrollo constitucional que plantea este proyecto, por lo que el análisis de las implicaciones que ha suscitado la interpretación de artículos como el 228 y 230 de la Constitución, contemplan un pilar fundamental de este trabajo.

Finalmente, posterior a un estudio de providencias T (Tutelas) y C (Constitucionales) proferidas por la Corte Constitucional, se precisarán los casos en que ésta ha señalado como viables para que un juez de inferior categoría pueda desobedecer un precedente judicial o apartarse de una doctrina reiterada por un órgano de cierre.

Pregunta problematizadora

¿Cuándo es posible la aplicación de la discrecionalidad judicial en Colombia?

Hipótesis

La discrecionalidad judicial es operativa en todas las actuaciones de la función judicial en Colombia.

Justificación

Desde el principio de la carrera, los estudiantes de Derecho se ven abocados a ciertas preguntas entre las cuales cuentan aquellas como por ejemplo: el avance de la disciplina jurídica; el desarrollo de las normas y si su efectividad se ha visto comprometida gracias al método de aplicabilidad que la sociedad le ha dado a este. En ese orden nace el interrogante de este proyecto y además la necesidad de preguntarse si la constitución política colombiana es quien faculta a los jueces de la republica a dar un veredicto confiable

gracias a sus conocimientos del derecho o si cumplen un papel meramente aplicativo de las prerrogativas establecidas en unos códigos sustancialmente jurídicos.

Además de esto, conocer qué papel desempeña las inclinaciones ideológicas en las *ratio decidendi*² en sede de las providencias judiciales y así mismo cuestionar la función jurisdiccional en cuanto a su responsabilidad interpretativa determinando el alcance de su ámbito de aplicación normativa.

Este proyecto está encaminado en pro del conocimiento y entendimiento del proceso jurisdiccional previo a proferir sentencia por parte de los jueces en Colombia, por lo que precisar los factores que determinan el sentido de un fallo, es el objetivo a cumplir por medio de este trabajo. Dejando claro que el enfoque realista se soporta en el descubrimiento que se propone lograr conociendo si existen facultades normativas que permiten la interpretación en los estrados judiciales, y así mismo indagando acerca de la verdadera posición que juega la discrecionalidad o el arbitrio que puede emplear el juez a la hora de dictar sentencia, partiendo de la creencia de que es posible el empleo de la discrecionalidad judicial como instrumento principal en la determinación del sentido del fallo; sin embargo, abrimos las puertas a la investigación buscando esclarecer si la aplicabilidad de la discreción judicial es posible en el ordenamiento jurídico colombiano, y de ser así, qué fundamentos jurisprudenciales y constitucionales son aliados de los jueces para hacer efectiva esta posibilidad a la hora de decidir en un proceso.

² *La Ratio decidendi* es una expresión latina, que significa en español "*razón para decidir*" o "*razón suficiente*". Ésta hace referencia a los argumentos que realiza el Juez o Tribunal en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento, en síntesis es la razón para decidir, razón suficiente, motivación principal en la sentencia. (Angel Gumercindo Huanca, *La ratio decidendi o razonamiento decisivo*)

Objetivos

Objetivo general

Determinar la aplicabilidad de la discrecionalidad judicial en Colombia a través de un estado del arte.

Objetivos específicos

1. Plantear las diferencias entre la subsunción y la discrecionalidad judicial como instrumentos interpretativos a la hora de dictar sentencia. (Capítulo primero).
2. Delimitar las normas constitucionales que hacen o no aplicable la discrecionalidad judicial en Colombia. (Capítulo segundo).
3. Confrontar jurisprudencial y doctrinariamente las apreciaciones que se han dado acerca de la interpretación normativa. (Capítulo segundo).
4. Analizar la doctrina probable como institución y sus implicaciones en la interpretación judicial (Capítulo tercero)
4. Señalar en qué casos es viable la discrecionalidad judicial en Colombia. (Capítulo cuarto)

Estado del arte

El estado del arte como una modalidad de la investigación documental que permite el estudio del conocimiento acumulado y en nuestro caso, sobre la discrecionalidad judicial en la función judicial en Colombia, nos ayuda a conocer lo que se ha investigado en torno a nuestro tema; a tener una contextualización, una clasificación frente al método interpretativo de la norma utilizado en Colombia y una categorización de muchos aspectos que están inmersos en nuestra investigación, y que a simple vista, no se pueden percibir. Posibilitando en últimas, una comparación constructiva que permite aumentar el conocimiento frente a lo que se desea investigar.

Como se ha venido diciendo frente a esta modalidad de investigación, el estado del arte plantea una modalidad investigativa que se enfoca en el estudio de los acontecimientos más importantes que rodean la materia objeto de estudio, que en este caso, es la interpretación normativa; más precisamente la discrecionalidad judicial en Colombia. Es por lo anterior, que a lo largo de este proyecto, se busca analizar, y de manera comparativa, hacer un recorrido por las providencias que la Corte Constitucional ha emitido y que de una manera u otra han contribuido al desarrollo de este concepto jurídico como es la discrecionalidad judicial en el ámbito interpretativo. De todas formas, no es solo el análisis de sentencias la manera de conceptualizar el estado del arte en Colombia frente a este tema, sino también la confrontación doctrinaria que se ha desarrollado por diferentes autores y las consideraciones que la Corte ha dado para el correcto entendimiento de la interpretación normativa bajo la discreción judicial.

Para llevar a cabo esta modalidad investigativa, hemos de entender la necesidad de seguir ciertos pasos que van a ser clave para llevar a cabo nuestro estudio del estado del arte en Colombia frente a la discrecionalidad judicial. El primer paso es la *contextualización*³ que para este momento, la introducción ya habrá cumplido con este cometido dentro de sus objetivos, justificación e introducción como tal; el segundo paso es la *clasificación*⁴ de la información a tratar en este proyecto, por lo que es pertinente clasificar la información de la siguiente manera:

	486 de 1993
	400 de 1998

³ “(...) dentro de esta metodología, se tienen en cuenta aspectos como el planteamiento del problema de estudio, los límites del mismo, el material documental que se utilizará en la investigación y algunos criterios para la contextualización” (Molina Montoya NP. ¿Qué es el estado del arte? Cienc Tecnol Salud Vis Ocul. 2005;(5): 73-75).

⁴ “(...) en esta fase se deben determinar los parámetros a tener en cuenta para la sistematización de la información, la clase de documentos a estudiar, así como aspectos cronológicos, objetivos de los estudios, disciplinas que enmarcan los trabajos, líneas de investigación, el nivel conclusivo y el alcance de los mismos. La información puede clasificarse de diferentes maneras de acuerdo con el tipo de información a analizar” (Molina Montoya NP. ¿Qué es el estado del arte? Cienc Tecnol Salud Vis Ocul. 2005;(5): 73-75).

Sentencias C	734 de 2000
	836 de 2001
	551 de 2003
	335 de 2008
	816 de 2011
	643 de 2011
	539 de 2011
	621 de 2015
Sentencia SU	047 de 1999
Sentencias T	406 de 1992
	122 de 1993
	566 de 1998
	439 de 2000
	569 de 2001
	1165 de 2003
	607 de 2003
	688 de 2003
	292 de 2006

Siendo esta la clasificación, podemos evidenciar los numerosos pronunciamientos que la Corte ha hecho frente a este tema, y de manera cronológica, evidenciamos que es un estudio que se delimita desde las primeras providencias de la Corte Constitucional hasta la actualidad; y por último, el tercer paso es la *categorización*⁵, que dada la amplia

⁵ “(...) para esta fase se tiene en cuenta la jerarquización y generación de clases para el tratamiento de la información, paso que implica una recuperabilidad importante de la información y facilita el estudio esencial del fenómeno a investigar, en tanto que permite el desarrollo de la práctica hermenéutica respecto a las prácticas investigativas en un área específica. La categorización puede hacerse dentro de dos categorías: internas y externas. Las primeras se derivan directamente del estudio de la documentación bajo el enfoque de las temáticas, metodologías, hallazgos, teorías, estudios prospectivos o retrospectivos. Las segundas que a través de la conexión entre temáticas investigativas permiten determinar el tipo de contribución socio-cultural que ofrece el estado del arte al área de la investigación en la que se desarrolla.” (Molina Montoya NP. ¿Qué es el estado del arte? Cienc Tecnol Salud Vis Ocul. 2005;(5): 73-75).

información con la que contamos para conocer el estado del arte en lo concerniente a la discrecionalidad judicial, podríamos categorizar la información en: jurisprudencial y doctrinaria; así, dejando la categoría jurisprudencial para las sentencias que se han traído a colación a lo largo de este proyecto, manifestando así, un concepto vinculante proferido por la rama judicial y los lineamientos que ésta ha dado para el correcto entendimiento del concepto que estamos tratando; y por otro lado, la categoría doctrinaria contempla una arista muy importante para esta investigación, pues también existen autores que se han encargado de aportar al significado e interpretación de este método interpretativo.

Capítulo 1

La discrecionalidad judicial

El profesor Sergio Iván Estrada en el capítulo séptimo de la obra *“Teoría del Derecho”* se encarga meticulosamente de exponer las fuentes del derecho en el marco jurídico colombiano, y aunque su propósito no es el mismo que nos orienta en esta presentación, su estudio refleja una posición digna de ser citada en este trabajo. Las fuentes del derecho representan un problema para el marco jurídico-político que presentó la Constitución Colombiana de 1991, pues de alguna manera, el Estado Social de Derecho contiene rezagos de lo que fue el paradigma Liberal que abandonamos con la llegada de esta nueva ideología estatal. (cf.; 2015; p. 345-346) Este problema al que hacemos referencia, recae indudablemente sobre la jerarquización de las fuentes formales del derecho, pues el artículo 230 de la carta política señala a la ley como fuente primaria de interpretación para los funcionarios del Estado; dejando la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina en un segundo plano cuando se deba acudir a estas fuentes. Es aquí cuando comenzamos a identificar la riña que se disputa entre la primacía constitucional y el imperio legal – o también llamado *Rule of Law* en el sistema anglosajón – pues ya planteada la situación, un estado constitucionalista que impone la constitución política como norma de normas, o como regla de reconocimiento en palabras de Dworkin, no puede darle una mayor importancia a las creaciones legislativas por el Congreso de la Republica que a las mismas creaciones de derecho que pueda hacer la Corte Constitucional colombiana en el ejercicio de su función judicial.

Las fuentes del derecho han sido diferenciadas bajo la denominación de fuentes materiales y fuentes formales. Estrada las clasifica de esta manera: *“Por fuente del derecho material se entiende el conjunto de elementos reales (políticos, sociológicos, económicos, de moralidad pública, etc...), que determinan el contenido del derecho. Fuente del derecho formal es la expresión de esa experiencia real a través de la voluntad de una autoridad del Estado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas por el mismo ordenamiento jurídico para la creación del derecho”* (p.355).

Esta clasificación responsabiliza a las fuentes materiales como determinantes del contenido del derecho, quiere decir que la rama legislativa debe acudir a las circunstancias políticas, sociales, económicas, etc... Que se hagan presentes al momento de darle vida a una nueva creación legal para otorgarle un sentido práctico al contenido del derecho. De otro modo, las fuentes formales exigen ese *previo cumplimiento de las condiciones establecidas por el mismo ordenamiento jurídico para la creación del derecho*, que en otras palabras, exige hacer presente la constitución política a la hora de gestar una nueva norma, llamándola a ser respetada y ser base de armonización para cualquier expresión legislativa que se esté dispuesta a incluir en el ordenamiento jurídico colombiano.

Hasta aquí no hemos hecho sino exponer las fuentes que acompañan nuestro ordenamiento jurídico. Pero ya una vez dadas las primeras aclaraciones a tener en cuenta, debemos pasar a hacer el análisis que pone en funcionamiento a esta presentación, y este, como no podría ser otro, corresponde a la discrecionalidad judicial; ya que al echar una mirada a lo anteriormente expuesto, sería ocurrente preguntarse de qué manera se debe acudir a las fuentes jurídicas del ordenamiento jurídico colombiano.

Los principales instrumentos que acarrear la responsabilidad interpretativa en los estrados judiciales son la discrecionalidad judicial y el silogismo jurídico, pues haciendo relación a la constitución y a la jurisprudencia que ha sido relatada bajo la categoría constitucional, daremos cuenta de que manera el uno u el otro son vistos bajo la óptica jurídica colombiana.

La discrecionalidad judicial y el silogismo jurídico son dos conceptos excluyentes el uno del otro, pues mientras la discrecionalidad judicial, según Dworkin, puede definirse como “...ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.” (Dworkin; 1989; p. 65-66), el silogismo jurídico es la expresión del raciocinio, que debe entenderse como una forma de plasmar razonablemente la aplicabilidad normativa ajustada a la función jurisdiccional, sin que podamos extraer de este *ejercicio una norma nueva o la ampliación de una existente*.

Ahora bien, si nos referimos a la naturaleza del silogismo, este cumple un propósito instrumental que se encarga principalmente de construir una lógica dialéctica. Siguiendo a Martínez Montoya, podemos hablar de dos clases de silogismo: el tradicional y el jurídico. El silogismo tradicional se basa en dos proposiciones llamadas premisas, las cuales arrojan una conclusión lógica dejando un objetivo claro: identificar la verdad o falsedad de las proposiciones; por otro lado, el silogismo jurídico tiene un propósito más complejo, ya que califica las premisas que estructuran el silogismo, de manera que la primera premisa o premisa mayor, se traduce específicamente a una norma jurídica, y la segunda premisa o premisa menor se traduce a unos hechos de la vida real que serán valorados por el juez dentro del proceso. Sin embargo, esta mezcla entre silogismo tradicional y jurídico no degenera su estructura, tanto el silogismo tradicional como el silogismo jurídico coligen en un mismo punto, y es su conclusión, pues aunque el propósito del silogismo tradicional es determinante en cuanto a la verdad o falsedad de la proposición, el propósito del silogismo jurídico es determinar la validez o invalidez de la premisa mayor, más claramente, la norma jurídica adecuada a los hechos valorados por el juez en el proceso. (cf.; 2017; p. 26-27).

La exclusión a la que se aludía en el inicio de este capítulo es referente a la inaplicabilidad convergente en la que estos dos instrumentos pueden incurrir, pero ¿por qué es inaplicable la discreción judicial y el silogismo jurídico concurrentemente? Ese es el interrogante que pretendemos resolver en este capítulo, y para responderlo responsablemente, debemos remitirnos de primera mano a la constitución política colombiana, más precisamente, a su artículo 230:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

A su vez, este artículo consagrado en la constitución política, es uno de los grandes principios que debe observar la rama judicial en el ordenamiento jurídico colombiano. Puede lucir sencillo e inteligible para la óptica general, sin embargo, es menester desentrañarlo, para así, analizar a fondo el interrogante que nos convoca. Comencemos por el principio: los jueces son los órganos supra ordenadores dentro de la actividad judicial, por lo cual, en una estructura tripartita o triangular, en la que existen dos partes en condición de igualdad y una tercera parte que debe ser imparcial, la única imposición a la que debe ceñirse el juez en sus decisiones es a la imposición de la ley. Según los principios que atañen en una organización constitucional como la nuestra, es el juez quien emite providencias judiciales, ya sean autos o sentencias. He aquí el primer encuentro con el artículo 230, que ordena a todos los jueces de la república, sin discriminación jerárquica ni funcional, a limitarse en sus decisiones al imperio de la ley.

En estos términos, es sencillo discernir una clara disyuntiva interpretativa a nivel normativo, tanto es, que la discrecionalidad absoluta en sede judicial es totalmente contraria al mandato constitucional que consagra el artículo 230 y redundante en la sentencia T-688 de 2003⁶ –que será tratada en el capítulo 3-. Tanto en el artículo como en la sentencia citada, puede verse como expresamente el juez está obligado a ceñirse a la Constitución y a la norma, de manera que el campo interpretativo del mismo es tan limitado como el legislador y la Carta lo dispone. Ahora bien, si la discrecionalidad absoluta no es el camino idóneo que conduce a una providencia ajustada a derecho, ¿cuál sería la herramienta expedita en manos de un juez para dictar una providencia? Pasemos a analizar si el silogismo podría estructurar un instrumento idóneo para tales deberes.

⁶ “No basta que el juez apoye una interpretación determinada. La conclusión del ejercicio hermenéutico, para que se estime válido, y sin considerar que se apoye en tesis de únicas respuestas correctas o diversas respuestas correctas, demanda que sea producto de un razonamiento jurídico que respete condiciones propias de la razón práctica. En este orden de ideas deben satisfacerse condiciones de justificación interna y externa, lo que permiten controlar la decisión judicial. Sólo con la satisfacción de tales elementos es posible que se arribe a la conclusión de que “es racional y razonable aceptar que la norma N como parte del derecho válido”, donde la norma N es el producto final del ejercicio hermenéutico. Se encuentra el principio de supremacía de la Constitución respecto de toda norma jurídica (art. 4 de la Carta), que obliga a todos los jueces a interpretar el derecho de manera compatible con la Constitución. “

La ley se refleja como la única fuente formal a la que puede acudir el juez a la hora de dictar sentencia, ya que como antes lo presenciábamos, el artículo 230 somete al imperio de la ley todas las decisiones que se entrañen en la actuación judicial. Sin embargo, esta no es la única norma que apoya el mismo lineamiento, también el artículo 228 *ibídem* lo hace:

“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

La independencia, la desconcentración y la autonomía: son tres conceptos que pueden llevar a confusión según lo expuesto previamente, y que la ignorancia, atrevidamente, podría llevar a una interpretación errónea de esta norma. Pero para suerte de muchos, el análisis hermenéutico responsable de la norma, es llamado a ser ejercido en la lectura de un mandato de tal importancia. Siendo así, minuciosamente, seguido de su primer punto, podemos aceptar que la independencia es reputada en las decisiones que sean en pro de la administración de justicia, pero si seguimos en nuestra lectura, vuelve a aparecer el término ‘ley’ en la construcción normativa, acompañado de la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones, por lo que la independencia de las decisiones, como uno de los principios del derecho, no puede ser confundida con la rebeldía del juzgador en su toma de decisiones. Esa independencia a la que hacemos alusión se refiere exclusivamente al análisis racional, sin sujeciones a las perspectivas de otros jueces, como lo indica José Germán Burgos en su obra dedicada al análisis descriptivo de la independencia y autonomía judicial. (2008; p. 153-182).

De igual manera, este principio de independencia, similar a la desconcentración y autonomía judicial, no es considerado un principio absoluto; La Corte Constitucional en

sentencia T-1165 de 2003⁷ manifiesta la excepcionalidad a este principio, ya que esta independencia, desconcentración o autonomía, puede ser vulnerada según los principios, valores, derechos y garantías que caracterizan al Estado Social de Derecho, dejando así, a un juez independiente, más no extraño a las normas jurídicas que asisten nuestro ordenamiento, pues como se ha manifestado el derecho sustancial o ‘ley’ son las fuentes formales que deben ser reinantes en las decisiones de los juzgadores, además del valor probatorio y hechos probados en el proceso, que son los extremos por los que puede deambular el juzgador de manera objetiva.

Aproximándonos a la respuesta del interrogante que impulsa tal comparativa, corroboramos como la discrecionalidad judicial y el silogismo jurídico no pueden ser convergentes en el proceso previo a dictar una sentencia en cualquier actuación judicial, obvias razones asisten a esta afirmación, ya que la discreción es antónima a la estructura silogística que cumple un propósito jurídico. Por lo tanto, basándonos en la constitución política, además de los diferentes lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, afirmamos la imposibilidad practica que puede tener la discreción judicial en Colombia. El juzgador tiene un claro mandato por parte de nuestra Carta, es el señalamiento exclusivo de la prevalencia al derecho sustancial y a la ley como cimientos de cualquier decisión en la actuación judicial, apartado de las creencias, valores, o principios que el juez humanamente podría tener y con los cuales podría impregnar las providencias que emite, irrumpiendo con el concepto de justicia que Massini Correas empeña en su obra *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, según la cual, las proposiciones han de ser “medidas por relación a algo que de algún modo no dependa — al menos no exclusivamente— del pensamiento o del querer del sujeto que la piensa o la

⁷ “No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en sostener que, en todo caso, la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho. Los jueces son autónomos e independientes para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico...”

expresa, verbigracia, por la referencia a ciertas exigencias normativas de la naturaleza humana”. (p. 74) Es así como Massini propone una valoración objetiva por parte del juzgador en cuanto a la interpretación práctica del derecho. Esto no es nada nuevo para nuestro ordenamiento, seguir conceptos de justicia objetiva de tal manera, coartando la voluntad judicial, siguiendo maestros como John Rawls⁸ en sus teorías sobre el concepto de justicia e identificándolo al Estado Social de Derecho proclamado por la constitución nacional en sentencia C-406/92.

Ya abierto el panorama a la bifurcación entre discrecionalidad y silogismo, debemos dar prevalencia a las normas e ingredientes facticos debidamente aportados y probados en un proceso, antes que a la voluntad individual del operador judicial y el contenido moral de este a la hora de decidir.

De este modo, aunque el silogismo pueda negar una expresión de la humanidad como es el ejercicio intelectual judicial practicable a un caso en concreto, configura el instrumento idóneo sobre el que los jueces deben basar sus decisiones, siempre y cuando exista un supuesto normativo capaz de encajar con las necesidades a resolver del caso en concreto.

El alcance de las limitaciones constitucionales que ordenan al juez, exclusivamente, valorar las disposiciones normativas relacionadas a los hechos probados en el proceso, no alcanzan para dejar sin valor criterios principales como la independencia, autonomía y desconcentración. En ese orden a la hora de estructurar un silogismo jurídico, el juzgador independientemente, tiene la facultad de escoger la norma a aplicar. Es así, como la sentencia, es equivalente a la conclusión lógica destilada de ambas proposiciones, en resumen, es la mera manifestación del razonar judicial.

⁸ (Sentencia T-406/1992)

Capítulo 2

Jurisprudencia, mandatos constitucionales y doctrina

Para abordar la situación problemática que se plantea en este proyecto, debemos realizar un análisis preciso sobre las perspectivas jurídicas referentes a la discrecionalidad judicial en Colombia, de tal manera que se pueda identificar como se ha abordado la discrecionalidad judicial en la operatividad del derecho en nuestro país.

En primer lugar, debemos hacer referencia a la sentencia T-406 de 1992. En Colombia, luego de la entrada en vigencia de la constitución de 1991, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de brindar orientaciones respecto al desempeño del juez en la función jurisdiccional, todo con el fin de resaltar la función del juez en el desarrollo del estado social de derecho.

La Corte Constitucional en esta providencia indica que por razones sustanciales, *“el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución”*, expresando de esta forma, que el juez debe ser un actor principal en el desarrollo de los principios democráticos constitucionales, siendo su función fundamental para la materialización de los contenidos normativos. En esta providencia, la Corte comienza a desglosar facultades interpretativas del juez constitucional en el ejercicio de su función, teniendo como referencia la obra de Capelleti; *Le pouvoir des juges* (El poder de los jueces) en donde se afirma: *“el juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.”*

Sin embargo, aunque la Corte Constitucional, por medio de Capelleti, reconoce las facultades del juez de hacer uso de la discrecionalidad judicial, es importante tener claro que este papel del juez, como fue antes mencionado, solo es aplicado y observado en la

función del juez constitucional, es decir, en la Corte Constitucional, ya que este órgano al momento de interpretar la norma y valorar los motivos que lo llevan a tomar una decisión, puede ir más allá de lo establecido por el legislador, todo con el fin de garantizar y materializar los principios, garantías y derechos constitucionales.

Resaltando la importancia del juez constitucional en la función judicial, las facultades interpretativas de la Corte Constitucional, y el medio de control que ésta representa para el órgano legislativo, podemos comenzar a orientar nuestro planteamiento respecto de la aplicación de la discrecionalidad judicial en Colombia, ya que como se manifestó anteriormente, este papel del juez, no se ve reflejado por fuera de la Corte Constitucional, es decir, dentro de la función del juez (singular), toda vez que, aunque el juez también busque en el desarrollo de su función, prevalecer y garantizar el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales de un estado social de derecho, nunca podrá apartarse de la norma.

Un claro ejemplo, es el artículo 228 de la constitución política, el cual establece: *"Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial)*. Por mandato constitucional, la función judicial está subordinada al derecho sustancial, el juez al momento de interpretar la norma no puede en ningún momento hacer uso de la discrecionalidad judicial, es decir, no puede ir más allá de la norma, incluyendo casos en los cuales el legislador no prevé situaciones o no legisle de una forma adecuada dentro del ámbito social y legal que le corresponde, dejándose de lado lo relevante que puede ser el juez en la protección efectiva de los derechos constitucionales.

La Corte Constitucional en sentencia C-486 de 1993, aunque no se refiere expresamente a las facultades interpretativas de las cuales puede hacer uso el juez en el ejercicio de su función, es clara al hablar del sometimiento del juez frente al imperio de la ley, por lo que en esta sentencia referida a un caso de transición normativa y constitucional, la Corte nos muestra su visión respecto al artículo 230 de la constitución política.

La Corte en su apartado referente a la independencia judicial nos resalta el sentido del artículo 230: *"los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"* de este, se deriva la garantía de una existencia de independencia judicial por parte del juez, todo respecto a la intervención en su actividad judicial de cualquier órgano del estado, ya sea público o privado. La Corte Constitucional es clara, al enfatizar lo esencial y vinculante que es para el juez tomar sus decisiones solo con fundamento en la constitución política y el ordenamiento jurídico.

El artículo 2 de la constitución política permite inferir la misión conferida por la constitución a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un **orden justo**, situación la cual la Corte Constitucional nos indica que: *"sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico"*.

Como ha sido planteado anteriormente, el juez en el ejercicio de su función no puede desconocer en ningún momento, las garantías, principios, derechos y normas fundamentales consagrados en la constitución política, por lo que al hacer relación con lo dicho por la Corte frente a lo vinculante que es el ordenamiento jurídico para el juez, se nos permite abrir un interrogante ya planteado en este trabajo, ¿es posible que el juez se aparte del ordenamiento jurídico y los precedentes judiciales?

Aunque la Corte en esta sentencia proferida en el año de 1993, se ha manifestado indicando que en el ejercicio de la función judicial *"el juez no se encuentra atado por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. Y que la aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a implicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla"*. Sin embargo con la aplicación del artículo 230, no es posible que se derive esta facultad interpretativa por parte del juez, o esa posibilidad de implicar el ordenamiento jurídico; toda vez que con las manifestaciones de la Corte y en el transcurrir del tiempo, ha sido evidente lo evidente que debe estar ligado el juez al imperio de la ley y

además lo vinculante que es el precedente judicial, por lo que el juez no solo debe atender a la prevalencia del derecho sustancial en el ejercicio de su función, ya que retomando el planteamiento expuesto respecto a la función de la Corte Constitucional y el carácter vinculante que adquieren sus providencias, la Corte Constitucional al hacer uso de la discrecionalidad judicial, crea derecho y delimita el sentido político en el que ha de ser aplicada una línea jurisprudencial, algo que se puede ver reflejado en el carácter vinculante de la interpretación normativa o *ratio decidendi*, efectuada por la Corte Constitucional en donde la Corte por medio de sus providencias, construye precedentes judiciales vinculantes y orientadores del ejercicio de la función jurisdiccional. (Sentencia T-292-06).

Con base a lo anterior, la Corte se vio en la necesidad de limitar las circunstancias o situaciones en las cuales se puede dar un apartamiento⁹ por parte del juez de las líneas jurisprudenciales, de tal forma que el juez correspondiendo a una estructura jerárquica, siempre debe estar sometido en el desarrollo de su función a los lineamientos fijados por sus superiores frente a la interpretación de determinada pudiéndose apartar solo en los siguientes eventos:

“I) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial.

II) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares.

III) cambios históricos frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional”.

Lo anterior debemos analizarlo no solo como posibilidades de apartamiento del precedente judicial, sino aún más, como el reflejo de las limitaciones que tiene el juez al momento de interpretar una norma y tomar una decisión, ya que de igual forma, la Corte le brinda al

⁹ Separación, apartamiento, desvío. (RAE)

juez unas estrictas razones las cuales le permitirán apartarse de un precedente judicial en caso de cumplirse alguna de las situaciones anteriores.

El juez podrá apartarse de un precedente judicial cuando se presente y exprese alguna de las siguientes razones:

- “(a) que se establezca que la ratio no se aplica al caso concreto, por existir elementos relevantes en el caso que obligan a distinguir;*
- (b) que la Corte Suprema no haya considerado elementos normativos relevantes, que alteran la admisibilidad del precedente;*
- (c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del tribunal de Casación, basados en la discusión con tal decisión, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que mejor responde a la institución jurídica;*
- (d) que tribunales superiores, como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hayan pronunciado de manera contraria a la postura de la Corte Suprema de Justicia; o*
- (e) Que sobrevengan cambios normativos que tornen incompatible con el ordenamiento jurídico, el precedente” (Sentencia T-688/03).*

La Corte expresa como soporte de lo anterior que: *“El juez inferior debe, de conformidad con la Constitución, atender la doctrina reiterada que un superior haya fijado frente a las normas legales pertinentes...”*. Reiterándose en la misma dirección que: *“La autonomía judicial en el ámbito interpretativo, garantizada en el artículo 228 de la Constitución, tiene sus límites, que son entonces los derechos constitucionales de las personas que acceden a la justicia, y la estructura funcionalmente jerárquica de cada jurisdicción (artículos 234, 237 y 241 C.P.)”*.

Lo anterior nos remite de nuevo al artículo 228 de la constitución política, el cual ha sido fundamental en el desarrollo de la situación problemática planteada, este artículo establece los límites interpretativos del juez en el desarrollo de su función, no solo respecto de la

prevalencia de la norma en la función judicial, sino además en lo ligado que debe estar el juez a una estructura funcionalmente jerárquica como limitante de su autonomía judicial, lo cual nos lleva a concluir, que aunque la discrecionalidad de los jueces es un instrumento judicial por medio del cual pueden realizar un análisis interpretativo de la norma que les permita ampliar los factores que lo llevan a tomar una decisión, en Colombia se excluye de esta facultad a los jueces, ya que la positivización del Derecho suprime este momento de idealización judicial, y debido al silogismo jurídico no hay un ámbito de reflexión para el juez, por el contrario, el juez asume la obligación de limitarse a los hechos probados en el proceso en relación a una norma aplicable al caso en concreto, claro está, sin dejar de lado los lineamientos interpretativos fijados por la Corte Constitucional respecto la norma.

Siendo enfáticos en la posición de la Corte Constitucional, no está de más citar el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; disposición que reza literalmente:

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

Como bien hemos dicho, comulgando una vez más con las posiciones de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-634 del año 2011, se desarrolla la exequibilidad de este artículo en su parte motiva, dejándonos una ilustración bastante acertada acerca de la interpretación que debe dársele a este. El magistrado Luis Ernesto Vargas en su ponencia, recalca el efecto *erga omnes* que tienen las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, esto quiere decir, que las providencias proferidas por este órgano de cierre deben ser aplicadas con efectos *respecto a todos* como bien traduce la locución latina antes mencionada y que es de amplia usanza en el derecho. Al hacer esta aclaración, la

Corte se ve en la necesidad de tocar ciertos puntos que nos serán útiles para el tema que nos concierne. Lo primero que debemos tener en cuenta frente al postulado del tribunal constitucional, es el alcance que debe tener el precedente judicial y su carácter vinculante en las decisiones que los jueces puedan proferir en cuanto a un caso similar o que coincidan elementos fácticos ya tratados en una sentencia de unificación. Parece obvio, pero es importante recalcar que la función unificadora de estas sentencias proferidas por el Consejo de Estado, se encargan de eso, de unificar lineamientos que generen una uniformidad en actuaciones administrativas cuando se acredite una similitud fáctica y jurídica; a esto el Consejo de Estado lo ha llamado extensión jurisprudencial, ya desarrollado en los artículos 102 y 269 del mismo instrumento. Más allá de la interpretación que esta sentencia hace sobre el artículo en desarrollo, señala la importancia que debe tener la jurisprudencia en las motivaciones de las providencias judiciales, puesto que la imposibilidad que tiene el legislador de prever perfectamente mediante disposiciones normativas todos los conflictos que puedan surgir en una sociedad, es un idealismo normativo o hasta un punto utópico; ya que es claro que la necesidad de acudir a la jurisprudencia como un auxiliar de interpretación, parte de una creación de derecho en concreto que se fundamenta en las providencias de las altas cortes. En segundo lugar, se resalta la posible existencia de diferentes disposiciones que pueden hacerse aplicables a un caso en concreto; por lo anterior, se precisan tres argumentos que hacen posible la aparición de este fenómeno en sede jurisdiccional: el primero plantea la posible concurrencia de *diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión*¹⁰, así, abriendo paso al segundo argumento mediante el cual se alude una vez más al principio de supremacía constitucional, en el que el fallador debe tener una inclinación constitucional para la decisión que enfrente acorde a las distintas *fórmulas de decisión* que puede encontrarse, armonizando las distintas fuentes del derecho con el respeto jerárquico del que revisten los preceptos constitucionales. En tercer orden, los enunciados a los que se puede enfrentar el juez, bajo una lógica precepto – sanción, contravía la deóntica de los principios, como adelante veremos de una forma más profunda en manos de Dworkin; sin embargo, podremos

¹⁰ Sentencia C-634/2011, 11.2.

compartir el razonamiento de la Corte, en el que se diferencian las normas que se rigen bajo el criterio precepto-sanción de los principios que son definidos como mandatos de optimización; las normas, en la mayoría de las ocasiones, no responden al razonamiento de los principios, puesto que estos principios deben ser aplicados dentro del razonamiento jurídico que el juez debe hacer en el proceso de armonización que antes mencionábamos. Por último, el supuesto en que haya una controversia principio-principio, regla-regla o principio- regla, es cotidiano en sede jurisdiccional, y de ahí puede gestarse la misión jurisdiccional, en la *ratio decidendi* y las motivaciones que orientan la parte resolutive de las providencias.

Es importante en el desarrollo de este capítulo, no solo referirnos a postulados constitucionales emitidos por la Corte, sino, también apoyarnos en autores que nos permiten abrir el panorama frente a la conceptualización y aplicación de la discrecionalidad, por lo cual en esta ocasión, se hará referencia al maestro Dworkin, siendo pertinente según el tema que nos convoca, introducirnos a profundidad en los postulados dados por éste en su libro *“Los derechos en serio”*.

Para empezar, el maestro en su obra, nos ilustra como de manera contemporánea, a la par que equivocadamente, hemos sido víctimas de la tradición interpretativa que nos ha llevado a crear nociones innecesarias de “derecho” y “obligaciones jurídicas” como términos indispensables jurídicamente. En primer lugar, la relación que encontramos con el objetivo a cumplir en este capítulo, es la sinergia en la que Dworkin se encuentra con nuestra responsabilidad de demostrar que la discrecionalidad judicial es el método interpretativo el cual permite la justa aplicabilidad de la norma, a su vez, que agota intelectualmente el aparato judicial de manera que no deja campo a la sistematización jurídica y suple los vacíos que pueden presentarse en un caso insólito o *difíciles*, como él los llama; Por una parte, exponer un postulado en el que el ‘derecho’ y las ‘obligaciones jurídicas’ están por fuera de nuestro pensamiento jurídico es algo ilusorio para quienes negamos el éxito de la escuela positivista en las estructuras de los ordenamientos jurídicos actuales, dando

por hecho, que términos así, arraigan la ficción de la que son esclavos los juristas del mundo moderno, ya que el derecho según la corriente nominalista planteada por Dworkin se define como: “*Una serie de normas intemporales almacenadas en algún depósito en espera de que los jueces las descubran*” (1989; p. 63). Y que las obligaciones jurídicas son: “*...cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas*” (ibídem.). Así es como se pasa a explicar esa esclavitud generada por términos tan ficticios como lo son el derecho y las obligación jurídica, es decir, la corriente positivista que hoy prevalece en el derecho continental, hace de sus normas jurídicas los mandatos soberanos a los que el pueblo debe obedecer, ya que el Estado como única fuerza coercitiva legal existente, puede hacer uso de sus facultades con el fin de castigar o exigir el cumplimiento de los supuestos típicos consagrados en la ley. Hasta ahí, se ha expuesto el principal axioma referente al positivismo como corriente doctrinaria, por otro lado, dando paso a la discusión de Austin y Hart sobre la concepción de norma y la validez de la misma, rescatamos cómo la constitución política constituye la regla de reconocimiento por antonomasia en Colombia, obviamente acudiendo a los parámetros que Hart enuncia con el fin de identificar que regla de reconocimiento es la que se respeta en una comunidad determinada (cf.; 1989; p. 69 – 71).

Es tanto así, que haciendo la distinción entre el carácter de “validez” –refiriéndonos al termino de validez material y formal de Kelsen- de las normas, dándole la razón a Hart; establecemos una plena aclaración en cuanto a la regla de reconocimiento aplicada en Colombia: la constitución política, instrumento revestido de poder, sobre el cual reposa ese carácter de “validez” de las normas; apartándonos de esa aceptación voluntaria por parte de la comunidad de la cual habla Hart, como alternativa a la validez de las normas; es como logramos plantear una vez más, una limitación dirigida exclusivamente a la rama judicial, esto es, porque como lo hemos estudiado en momentos anteriores, el silogismo jurídico, siendo aplicado como herramienta interpretativa a manos del juez, exige una norma jurídica para que esta sea posteriormente el molde a encajar junto a unos hechos probados en el proceso. Luego, es deducible del razonamiento que hace Dworkin, que ese carácter

positivista del cual hablábamos, no es renunciable, a tal punto que esas normas que generan las “obligaciones jurídicas”, son las cadenas que el mismo ordenamiento jurídico acompañado de la constitución política como regla de reconocimiento, le han impuesto a nuestra función judicial. Más allá del desistimiento que busca la escuela nominalista frente al uso de términos como “derecho” y “obligación jurídica”, nace la distinción entre norma, principio y directriz política; tres términos con una vinculación manifiestamente distinta, y connotaciones que deben resaltar en una interpretación judicial ejemplar. Empecemos con la diferencia más notable que encuentra Dworkin en estos términos: la forma, una dimensión que se encuentra en todas las creaciones del ser humano; por supuesto que los tres términos se asemejan en que son adecuaciones escritas, positivizadas, a exclusión del sistema anglosajón; sin embargo, su forma varía dependiendo del término al que nos enfrentemos. Un principio es *“un estándar que debe ser observado”* (p.72), alejado de la definición de norma o directriz política, estos principios dentro de cualquier ordenamiento jurídico, se caracterizan por la irrenunciabilidad que deben tener en la función judicial, la inobservancia de estos principios no debería ser un fenómeno ocurrente en las actuaciones judiciales, ya que los jueces, más que la ciudadanía misma, deben ser los mayores concedores de estos estándares. Así, los principios rigen de manera implícita el derecho, al igual que las directrices, siendo *“... un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado”* (1989; p.72) no son simples auxiliares de la interpretación delegada en los jueces de la república, reflexión que nace desde párrafos anteriores, en los cuales llegábamos a la conclusión de que en sistemas judiciales como el colombiano, se niega la oportunidad de remitirse a fuentes formales diferentes a la misma ley, excluyendo así, estándares que no son precisamente normas, pero que a la hora de llegar a una decisión justa, deben ser tomados en cuenta. En este capítulo, Dworkin cita dos ejemplos en los que el sistema judicial estadounidense se ve inmerso en una controversia principio vs norma¹¹, los cuales verifican, como el distanciamiento de la aplicación de una norma, respetando un principio, pueden dejar la creación del derecho en mejores términos que la simple aplicación exegética de la norma. Por lo tanto, la confusión que las normas y los principios

¹¹ Riggs v. Palmer y Henningsen v. Bloomfield Motors Inc. (p.73)

generan en la actuación judicial, dejan en manos de los jueces la responsabilidad de encontrar en la aplicación normativa, la lejanía que se encuentra entre estos dos conceptos, y de igual manera, atrevidamente podríamos decir que la discrecionalidad – aunque no de manera expresa – podría aflorar en juicios de ponderación, ya que la aplicación correcta de algunas normas, exigen inexorablemente tener en cuenta estos estándares a los que la constitución y la ley apuntan. Aun así, identificar si la discreción judicial puede ser aplicada en escenarios positivistas, no es tan fácil como parece, ya que el autor después de un análisis exhaustivo, logra guiarnos en una diferenciación bastante acertada según el sentido que le demos a este instrumento (1989; p.83-88); comencemos con el debate entre la escuela nominalista y la escuela positivista, ya que ambas difieren en el sentido que judicialmente podría dársele a la discreción, pues la primera corriente defiende que los jueces en todo momento tienen discreción, aun cuando exista una norma clara establecida previamente; contrario a la posición positivista, la cual argumenta la incapacidad de aplicar el juicio del funcionario judicial en caso de existir una norma clara en el ordenamiento jurídico, dejándole solamente la facultad de ejercer discreción, en casos de inexistencia normativa o como Hart lo plantea, cuando se esté frente a normas de textura abierta. (cf.; 1989; p.86-87).

Más allá del debate Nominalista vs. Positivista; se abre otra discusión, que en el texto, es el detonante para comenzar a diferenciar los sentidos de la discreción judicial, y es acerca de los principios y el trato que deben recibir en manos de la función judicial frente a la decisión de un caso difícil. Complejamente podríamos llegar a un resultado en concreto frente a esta discusión que según Dworkin, todo conocer del derecho reconoce un problema aquí; y dándole la razón a este gran maestro, pasamos a separarnos un poco del texto, y llevamos este conflicto a la realidad. En Colombia, la discrecionalidad judicial es un instrumento de interpretación bastante limitado constitucional y legalmente, pues como hemos visto en líneas jurisprudenciales y mandatos constitucionales, los jueces de la república están obligados jurídicamente a la aplicación legislativa, dejándoles una interpretación mecánica basada en un silogismo jurídico, sobre el cual hemos expuesto a

lo largo de este capítulo; todo lo anterior, ha sido dándole respuesta frente a una concepción normativa, excluyendo la idea de principios y directrices, sobre la que Dworkin enfatiza en su texto. Ahora sí, démosle paso a conceptos como principios y directrices, e identifiquemos cual es el papel que juegan dichos conceptos en la interpretación judicial; El sistema anglosajón, es el más claro ejemplo de la aplicación discrecional de la norma, pues no haciendo parte de esa corriente positivista que reina hoy en día en el derecho continental, deja a los jueces un espacio de interpretación del cual pueden aferrarse en sus decisiones, algo así como el agujero de la rosquilla como Dworkin señala; sin embargo, la norma establecida genera una vinculación obligacional entre el juez y la misma, pues no se puede desconocer o alejarse de esta en un caso para el cual fue promulgada, pero esto no es del todo cierto si estudiamos cercanamente los principios y directrices que también hacen parte del ordenamiento jurídico. Realmente, los principios son aquellos estándares a los cuales el juez acude con el fin de darle protección a quien estaría siendo vulnerado con la aplicación exegética de la norma, así como en el derecho anglosajón estos principios fungen de esta manera, en el derecho continental, también; pero esto no significa que los principios sean la estrategia judicial por la cual el juez puede desacatar la aplicación de una norma, ya que sería muy complejo afirmar entonces que la ley es la única fuente formal en las decisiones judiciales, por lo que existe para que el juez pueda cambiar una norma ya existente y es: que el juez considere que el cambio beneficie a algún principio, sin embargo, esto no es facultar al juez para que el misma sea quien decida qué principio estaría por encima de otro, pues es el mismo ordenamiento jurídico quien dicta la ponderación de los mismos. (cf.; 1989; p.83-93).

Una vez hemos evacuado algunos de los aspectos jurisprudenciales, normativos y doctrinarios concernientes a la discreción del juez, es hora de continuar con el tercer capítulo de este trabajo, en el cual se tratarán temas como la doctrina probable y el precedente judicial; ya que son tópicos afines al propósito de este trabajo.

Capítulo 3

Doctrina probable y precedente judicial

En Colombia, además de existir disposiciones constitucionales, normas sustanciales y procesales que guían la función judicial; existen fenómenos que pueden construirse a raíz de la resolución de conflictos que se ruega por la ciudadanía a diario sobre contingencias que puedan presentarse por hechos relevantes para la administración de justicia.

Los fenómenos que pretendemos tratar en este capítulo son: la doctrina probable y el precedente judicial. De manera aislada, podemos empezar analizando el surgimiento de la doctrina probable como fenómeno dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La doctrina probable, más que un fenómeno jurídico, podría catalogarse como una institución ya constituida y formada dentro de la función judicial; a esto refiero gracias a las diferentes manifestaciones que se ha hecho respecto al tema en instancias de cierre. Para determinar el nacimiento de la doctrina probable en Colombia, debemos remitirnos a la Ley 61 de 1886¹², puesto que es el primer estatuto que consagró esta figura. En la sección segunda de la ley en mención, bajo la regulación que en su momento regía el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 38¹³ encontramos la primera aparición de esta figura, aunque es bajo otra denominación, su significado no ha degenerado con el pasar de

¹² Ley 61 de 1886, Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales.

¹³ Artículo 38: Son causales de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación, los hechos siguientes:

- 1o. Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de ley sustantiva o de doctrina legal o fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra.
- 2o. Hacer indebida aplicación de leyes o de doctrinas legales al caso del pleito.
- 3o. No ser la sentencia congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.
- 4o. Condenar a más de lo pedido, o no contener la sentencia declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.
- 5o. Contener el fallo, en su parte resolutive, disposiciones contradictorias.
- 6o. Ser la sentencia contraria a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.
- 7o. Haber habido, por razón de la materia sobre que ha versado el pleito, abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, por haber conocido el Tribunal en asunto que no sea de la competencia judicial, o dejado de conocer cuando tuviere el deber de hacerlo.
- 8o. Haberse incurrido, en la apreciación de las pruebas, en error de derecho o en error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.
- 9o. Haberse faltando en el procedimiento a alguna de las formalidades que de suyo inducen nulidad y no haberse podido, en consecuencia, haber eficaz el derecho por parte del demandante, o la defensa por parte del demandado. Las infracciones en el procedimiento que no hayan de producir necesariamente uno de estos dos efectos, no servirán de fundamento para la casación.

En los asuntos criminales y para los efectos de este inciso, se considerará a la parte del reo asimilado a demandado; y al acusador particular o al Representante del Ministerio Público, asimilado a demandante.

los años. *Doctrina legal*, así fue bautizada de primera mano por el legislador de la época. El recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia comportaba una manera de enmendar un agravio causado por el juez que de menor categoría, en este caso los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, generara con las sentencias proferidas en asuntos civiles, y en lo concerniente al campo criminal, en algunos delitos consignados en el artículo 29 de la constitución vigente para ese momento. Del mismo modo, esta ley estableció las causales de nulidad para las que se tenía que acudir en sede de admisión para este recurso, pues taxativamente el legislador designó en nueve numerales las causales que podían generar nulidad a una sentencia definitiva proferida por los Tribunales Superiores; el primer numeral de esta lista contempla como causal de nulidad la sentencia que en su parte dispositiva, sea violatoria de ley sustantiva o de doctrina legal. Al pie de esta disposición, en el inciso primero del artículo 39, se define la doctrina legal de la siguiente manera:

“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”.

La doctrina legal supone entonces la preexistencia de tres decisiones uniformes que hayan sido proferidas por la Corte Suprema, además de contemplar las declaraciones que ésta haga dentro de estas decisiones. A partir de 1896, en la ley 169¹⁴ del mismo año, se iba a eliminar el desconocimiento de la doctrina legal como causal de nulidad para las sentencias definitivas, dándole pasó a la admisión del recurso de casación, puesto que en esta ley se iba a introducir el término de doctrina probable como hoy en día lo conocemos en su artículo 4º, disponiendo que:

¹⁴ Ley 169 de 1896, Recurso de Casación.

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Conforme a lo expuesto, se plantea la doctrina probable como un criterio auxiliar de interpretación al que los jueces han podido acudir desde su nacimiento como doctrina legal en el año 1886. No obstante, es claro que el criterio no es facultativo cuando se trata de normas, ya que el criterio primario para los jueces es la ley.

En el año 2001 comienza el debate cuando un ciudadano reclama la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 169, aduciendo que ésta es violatoria de artículos como el 228 y 230 de la constitución política, artículos que ya hemos hecho mención en este trabajo, y que por versar sobre un mismo punto, es necesario venir a citar las consideraciones que la Corte hizo frente a estas presuntas violaciones constitucionales. El accionante asegura que la norma demandada le otorga un poder discrecional a la Corte Suprema de justicia, así materializando una violación a la constitución política de 1991, ya que la inseguridad jurídica que esta discrecionalidad genera es resultado del desconocimiento a la prevalencia normativa a la que aluden los preceptos antes mencionados. Antes de que la Corte entrara a considerar las apreciaciones que el actor presentó en su demanda, la Corte analiza el alcance de la norma, manifestando que la creación del artículo demandado no era más que la evolución de normas como la que previamente habíamos citado, en la que la doctrina legal era la institución primigenia para referirse al fenómeno de uniformidad en las decisiones de la Corte. Del mismo modo, se analiza el contenido de esta norma y a su vez, se reiteran los planteamientos bajo los cuales la Corte constitucional ha estructurado el valor normativo y jurisprudencial frente a los fines del estado contemplados por la constitución. Aun así, en relación al caso en concreto, es menester de la Corte dar a conocer de qué manera esta norma debe ser entendida, y como producto de que su interpretación debe ser exequible, ilustrar la manera en que los jueces deben acatar dicha prerrogativa. Por lo anterior se dice lo siguiente:

“Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues, como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia” (Subrayas fuera del texto original) (Sentencia C-836/2001).

Es aquí cuando logramos entender que la doctrina probable constituye una institución de aplicación obligatoria para los jueces de inferior jerarquía, puesto que la previa interpretación reiterada de la Corte Suprema de Justicia, constituye ya una doctrina que se reputa *probable* para un caso de similares aspectos fácticos y jurídicos. Cabe resaltar, que dentro de las consideraciones, la Corte se encarga de revivir ponencias de magistrados como la de Ciro Angarita en Sentencia T-406 de 1992 y de Alejandro Martínez en Sentencia C-486 de 1993, providencias que ya han sido estudiadas en capítulos anteriores.

Añadido a esto, se pone de manifiesto la importancia de la unificación en las providencias judiciales de última instancia, así exponiendo los altos objetivos que garantiza esta institución: *Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la*

justicia material -art. 2° CP-; procurar exactitud; conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fé de los jueces -art- 83 CP-; unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad; permitir estabilidad; otorgar seguridad jurídica materialmente justa y llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales. La uniformidad que reflejan los anteriores objetivos es la fiel expresión del cometido constitucional por el que la Corte no tolera la desvinculación arbitraria de las líneas jurisprudenciales que han sido construidas paulatinamente con el pasar de los años.

Aun cuando parecía suficiente con las consideraciones que la Corte dio en el 2001, esta figura se arraiga al ordenamiento jurídico mediante la llegada del Código General del Proceso en su artículo séptimo, al momento en que el legislador obliga de manera expresa a que el juez debe exponer clara y razonadamente los fundamentos que justifiquen una decisión apartada de la doctrina probable. Esta norma trae consigo una carga muy exigente para el fallador, ya que conociendo las implicaciones que genera el apartarse de la doctrina probable, es desobediente plantear una solución infundada que contravie las pronunciaciones reiteradas de las altas cortes.

Así las cosas, se podría afirmar que las consideraciones de derecho que hayan sido reiteradas por las altas cortes constituyen un precedente judicial que limita la libertad y autonomía del juez hasta el punto de marcar un límite entre su discrecionalidad y el arbitrio. De todos modos, habría que matizar esta afirmación hasta el punto que se logre entender a qué se ha referido la Corte en lo concerniente a si la doctrina probable constituye un verdadero precedente judicial.; es por esto, que la Corte Constitucional en sentencia de tutela del año 2003 se encarga de esta tarea. Dentro de las consideraciones expuestas, la Corte pone de manifiesto la postura acerca de la autonomía judicial (que será tratada en el siguiente capítulo) y su alcance, diciendo lo siguiente:

“La postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no puede ser compartida. No niega esta Corporación que, de ordinario, los jueces

gozan de autonomía para interpretar las disposiciones, así como para realizar la valoración fáctica. Sin embargo, dicha autonomía es relativa por diversas razones:

*a) Un elemento que no debe olvidarse, es la estructura jerárquica de la rama judicial. Los mecanismos procesales –apelación y consulta- que permiten al superior revisar la decisión del inferior, implican de manera principal, la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior. Este es el principal propósito de tales mecanismos, pues prima facie, el **grado de autonomía** es mayor para valorar la situación fáctica del caso. Negar la posibilidad de realizar una revisión de la interpretación, en este escenario, lleva a convertir en algo superfluo, inclusive violador del principio de celeridad y oportunidad de las decisiones judiciales, tales mecanismos.*

b) El recurso de casación tiene por objeto principal, la revisión de la interpretación judicial. El artículo 365 del Código de Procedimiento Civil dispone, en relación con el propósito de este recurso que es “fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo”. La unificación de jurisprudencia significa, ni más ni menos, que el tribunal de casación define cuál es la manera en que los jueces han de interpretar determinadas disposiciones. La realización del derecho objetivo supone determinar que el juez, al interpretar la disposición, no arribe a conclusiones “contra legem”. Es decir, es de la esencia de la casación, la posibilidad de revisar la interpretación propuesta y aplicada por el juez” (Negrillas dentro del texto original) (Sentencia T-688/2003).

Visto que el grado de autonomía de los jueces es relativo por las anteriores razones, la segunda de estas no pierde validez alguna por citar al derogado Código de Procedimiento Civil en su artículo 365, ya que como hemos visto en este capítulo, la normatividad vigente sigue buscando la unificación de la jurisprudencia mediante el recurso de casación. Asimismo, es preciso afirmar que el grado de autonomía judicial para interpretar disposiciones normativas se encuentra errado desde el punto absoluto; dado que la

estructura jerárquica de la función judicial y el propósito del recurso de casación impiden darle una acepción imperiosa al ejercicio autónomo de la función jurisdiccional.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha referido a la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional en la función judicial al momento de tomar decisiones y proferir sentencias, en providencias como la T-566 de 1998, T-439 de 2000 y T-569 de 2001 se ha manifestado que la jurisprudencia es una regla de derecho que proviene de un caso específico, lo cual conlleva a que en situaciones o casos con circunstancias fácticas similares, el juez siga la misma orientación o línea fijada por el precedente para emitir su decisión. La Corte en oportunidades se ha pronunciado frente a la obligatoriedad de los precedentes judiciales para el juez en el momento de tomar una decisión y proferir sentencia, sin embargo, se ha presentado el cuestionamiento frente a lo vinculante que puede ser la *ratio decidendi* de una acción de tutela en la función judicial, teniendo claro que el efecto de una acción de tutela es únicamente *inter partes*.

Este tribunal en sentencia T- 569/2001 indica la importancia y el carácter vinculante que adquiere la *ratio decidendi* de una sentencia de acción de tutela. El juez al realizar un análisis de los hechos sometidos a su consideración y precisar el sentido interpretativo en el que debe aplicarse la norma jurídica, es donde la *ratio decidendi* además de ser los fundamentos y jurídicos de la decisión, construyen una directriz o parámetro interpretativo en el cual debe interpretarse la norma en circunstancias fácticas similares. La Corte lo llama “la correcta interpretación y aplicación de la norma”. En esta sentencia de tutela se establece que:

“En los casos contenciosos, la ratio decidendi guarda relación directa con los hechos sometidos a consideración del juez pues, a partir de la situación fáctica tenida en cuenta por el juez, éste precisa el sentido de la norma jurídica, configurándose una norma (regla), de origen judicial, derivada de la disposición positiva. Las posibilidades de creación de estas normas, cabe señalar, no es

infinita, pues el ámbito de decisión judicial se encuentra limitado por el texto de la norma positiva.

(...)

Así las cosas, la ratio decidendi, además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación -y, por ende, la correcta aplicación- de una norma”.

Con el fin de resaltar el valor que adquiere la *ratio decidendi* y su carácter vinculante, debemos remitirnos a una sentencia de unificación que data el año 1999 y a una reciente providencia del 2015, en donde se indicó que:

“(...) Por ello, únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso, esto es la ratio decidendi, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo”. (Sentencia SU-047/1999)

Además:

“la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”.

Con base a lo anterior debemos decir que la *ratio decidendi* construye esos argumentos y fundamentos normativos que motivan al juez a darle una interpretación adecuada a la norma, lo cual trae como esencia que frente a una situación fáctica similar todo funcionario judicial debe dar una interpretación de la norma de acuerdo a lo estipulado por el juez. En consonancia con lo anterior, la Corte expresa en la antes mencionada sentencia de 2001 que: *“Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un*

caso concreto, tiene por efecto que todo funcionario, no sólo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la ratio decidendi”. (Sentencia T-569/2001)

Luego de hacer énfasis en el carácter obligatorio que adquiere la *ratio decidendi*, debemos decir que aunque la sentencia proferida por acción de tutela solo trae efectos *inter partes*, no se puede desconocer que la *ratio decidendi*, son aquellos fundamentos jurídicos esenciales que justifican no solo la decisión, sino también aquellos argumentos jurídicos que motivan al juez a inclinarse por una interpretación correcta de la norma, y así dar una aplicación debida de la misma. Es por esto que la Corte concluye indicando lo vinculante y obligatorio que es para el funcionario judicial aplicar la *ratio decidendi* o interpretación correcta de una norma jurídica dada por la Corte Constitucional como órgano de cierre y así darle el mismo trato o interpretación normativa a situaciones fácticas similares, pues como se ha dicho, *la ratio decidendi constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades judiciales.*

Sin embargo, la Corte no desconoce la posibilidad que existe de un posible apartamiento del funcionario judicial de la postura de la corte. Así indicando:

“(…) si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales, quienes únicamente pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto”, o que “existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica”, en cuyo caso se exige una “debida y suficiente justificación” (Sentencia T-439/2000)

Cabe destacar que esta facultad de apartamiento solo aplica para autoridades judiciales, ya que las autoridades administrativas no cuentan con la misma autonomía funcional que las anteriores, por lo que le corresponde a estas aplicar el ordenamiento jurídico vigente de acuerdo a lo estipulado por la corte constitucional.

Como ha sido indicado anteriormente, la Corte ha resaltado el valor del precedente judicial y su obligatoriedad. Ahora, es pertinente remitirnos a la sentencia C-539 de 2011, en donde de manera expresa establece que la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional se fundamenta en principios de seguridad jurídica y principalmente en el valor otorgado a la *ratio decidendi* del precedente a ser aplicado, pues este tiene un carácter vinculante de obligatoriedad en su aplicación como precedente judicial que es garantía de armonía jurídica; por lo que la *ratio decidendi* cuenta con fuerza y valor de precedente para los jueces en el momento de ejercer su función judicial.

La Corte finalmente, establece en esta sentencia que el fundamento de obligatoriedad del precedente es según:

“(i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respecto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”.

(ii) la diferencia entre decissum, ratio decidendi y obiter dicta, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la ratio decidendi del fallo.

(iii) las características de la ratio decidendi y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte

Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”.

Teniendo claro lo anterior, debemos decir que precedente judicial no solo se debe llamar a las providencias emitidas por la Corte Constitucional, la Corte en sentencia C-335 de 2008, indica que esta jurisprudencia que constituye un precedente judicial se extiende a las altas cortes, por lo que la Corte haciendo referencia a la obligatoriedad y carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, establece el valor que se le debe dar a los precedentes judiciales emitidos por estos órganos, indicando:

“Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundando en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”.

Asimismo, en sentencia C-816 de 2011 reitera la fuerza vinculante de los órganos de cierre e indica su origen:

“La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del

Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores”.

Por lo que según lo anterior debemos de forma textual resaltar lo dicho en sentencia C- 621 de 2015 frente a la fuerza normativa del precedente judicial emitido por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional como órganos de cierre de sus jurisdicciones, ya que se estipula que esta fuerza normativa, proviene fundamentalmente:

“(i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son.

(ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación.

(iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado.

(iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial”.

La Corte Constitucional ha sido muy clara al referirse al principio de igualdad como fundamento de la obligatoriedad del precedente judicial, ya que este es un principio constitucional fundamental que debe priorizarse en la relación de los jueces con los ciudadanos. Constantemente los jueces pueden verse sometidos a resolver situaciones con cuestiones fácticas iguales, lo cual sería incoherente que a dos casos iguales se les diera un análisis y se tomara una decisión diferente.

El principio de igualdad como pilar fundamental del estado social de derecho debe fundamentar toda toma de decisiones y así mismo prevalecer en el trato dado por los jueces a los ciudadanos, la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 haciendo referencia al valor del principio de igualdad, estableció que:

“En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es a su vez expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad. El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas”.

Por otra parte, La Corte Constitucional en sentencia C-621 de 2015 hace alusión a las diferentes acciones de inconstitucionalidad a las cuales se ha visto convocada a resolver frente al artículo 4 y 230 de la constitución política, por lo que la Corte aprovecha esta oportunidad para reiterar su posición frente a la visión e interpretación del artículo 230, ya que este artículo se consideraba en el caso en concreto que estaba siendo vulnerado cuando el precedente judicial adquiría esa fuerza vinculante o carácter de obligatoriedad en el momento del juez tomar su decisión, hasta el punto de encontrarse este precedente judicial por encima de la ley, la Corte se refiere específicamente en cuanto al apartado: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*, por lo que es específica al decir que la interpretación de este artículo de la norma superior frente al sometimiento del juez a la obligatoriedad del precedente judicial no va en ningún momento en contra de la constitución ya que según la Corte Constitucional, la interpretación del término *“ley”* debe expandirse a todo lo comprendido por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de los órganos de cierre; la Corte indica:

“como una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, debe darse la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual conforma la totalidad del ordenamiento jurídico, resaltando la intención del constituyente de darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales (artículo 4 Superior) y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos” (Sentencia C-621/2015).

Sin embargo, sin dejar de lado la interpretación que la Corte ha establecido frente al artículo 230 de la constitución política y el carácter de obligatoriedad del precedente judicial, el juez dentro de su función aunque no puede desconocer los postulados constitucionales, normativos y jurisprudenciales dados por el legislador y los órganos de cierre, podrá -en ciertas situaciones- apartarse del precedente judicial, como sucede en situaciones en donde el juez una vez ha identificado la jurisprudencia aplicable al caso, actuando en su calidad de autoridad judicial considera que esta no se ajusta en su integridad a las condiciones fácticas presentadas en concreto, por lo que desea apartarse del precedente. El juez o la autoridad judicial al observar la línea o precedente judicial aplicable al caso y encontrar que existen circunstancias fácticas que hacen improcedente la aplicación del mismo al caso en concreto, o hay situaciones jurídicas que no fueron observadas en su momento y que en esta ocasión permitiesen realizar un análisis del caso más razonable y completo jurídicamente, deberá realizar una debida justificación con argumentos coherentes, claros y precisos que permitan dar soporte y evidencien lo asertivo del apartamiento.

La Corte, finalmente indica que se podrá dar el apartamiento del precedente judicial *“mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por:*

(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto;

(ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente;
(iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga” (Sentencia C-621/2015). Por lo que una explicación razonada y basada en los anteriores ítems que la Corte plantea, podrían cobijar un próspero apartamiento del precedente ya establecido por los órganos de cierre.

Ahora bien, ya habiendo estudiado la institución emanada de la doctrina reiterada por los órganos de cierre, al igual que el respeto que el juez debe tener hacia el precedente judicial, podemos dar paso al siguiente capítulo en el que se busca llegar a un resultado tangible de los casos en que la norma y la Corte atribuyen una finalidad discrecional a las atribuciones judiciales.

Capítulo 4

Viabilidad de la discrecionalidad en Colombia

Ya expuestos los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios acerca del tema, es oportuno pasar a una fase pragmática del proceso final de este trabajo, y este desemboca en determinar la aplicabilidad de la discrecionalidad en Colombia.

En el título de este capítulo se extraña el término *judicial* acompañando a la *discrecionalidad* como lo hemos venido haciendo desde el principio de este trabajo, pero no es en vano la omisión de su uso, puesto que, para comenzar con este capítulo es necesario hablar de este instrumento de diferente manera a la que habitualmente hemos atribuido a la función judicial. La viabilidad de este instrumento no es del todo alcanzado, sin embargo, se pueden encontrar interpretaciones en el ordenamiento jurídico que podrían dejar la puerta abierta a si es viable o no (legalmente) su aplicación; un ejemplo de esto lo encontramos en una sentencia de la Corte Constitucional que data del año 2003, una providencia que fundamenta la parte resolutive de una de las pretensiones incoadas por los actores citando una de las interpretaciones que ya se ha reiterado en numerosas ocasiones por parte de ese tribunal; la parte actora reclama la revisión de la Ley 796 de 2003 por la cual se convoca a un referendo, y que bajo unos argumentos que allí se presentan se pide la declaración de inconstitucionalidad del mismo. Estos argumentos a los que refiero son ajenos a donde queremos llegar, no obstante, en una de las manifestaciones que hace la Corte refiriéndose a la presunta arbitrariedad que ostenta la función pública para determinar la fecha en que debe ser llevado a cabo este mecanismo de participación ciudadana, la Corte señaló lo siguiente:

“(...) el Presidente debe fijar la fecha del referendo dentro de términos razonables, que permitan que las autoridades electorales puedan cumplir adecuadamente con sus atribuciones. Y la razón es simple: a pesar de que el Gobierno goza de una cierta discrecionalidad para fijar la fecha precisa de la consulta popular, ésta no se confunde con la arbitrariedad; en Colombia, aun cuando no cuente con consagración expresa, es enteramente aplicable el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y por ello la arbitrariedad se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico colombiano, ya que nuestro país es un Estado

de derecho (CP art. 1º). Por ello, esta Corte ha distinguido sistemáticamente entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública” (Sentencia C-551/2003).

Es ahí cuando nace la confusión respecto a lo que hemos venido suscitando de los mandatos constitucionales citados en este proyecto, y es normal preguntarse si en aras de la constitución la discrecionalidad es viable o no; y la respuesta es: sí, pero de cierta manera. Como bien vemos, la Corte admite la discrecionalidad administrativa, pero no la judicial. En otro caso, la Corte manifiesta la antes mencionada diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario en las decisiones administrativas, citando una ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara en el año 2005 cuando dijo lo siguiente en la sentencia que funda la línea jurisprudencial en temas de la discrecionalidad: *“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades”*. Y no podemos estar más de acuerdo con su postura, sin embargo, es una postura que no degenera de ninguna manera la hipótesis a la que hemos llegado en el recorrido de este trabajo. La discrecionalidad como la definió Dworkin no es más *que el agujero dentro de la rosquilla*¹⁵ circundante de una serie de normas preexistentes, o *inviolables como las reglas de derecho preexistentes...* como lo dijo el magistrado Herrera Vergara.

Y el anterior ejemplo no es el único que podemos encontrar en el uso potestativo que otorga la Constitución a las entidades administrativas. En el año 1993, la Corte manifiesta su posición frente al derecho que puede verse vulnerado dentro de las decisiones

¹⁵ (Dworkin, 1989)

administrativas que contemplan la discrecionalidad en su motivación decisoria; una tutela que impetró un oficial de las fuerzas armadas nacionales en ese año es la evidencia tangible de la inconformidad que puede presentarse con el uso de la discrecionalidad en instancias decisorias. En este caso, el oficial presenta la tutela alegando una violación al derecho consagrado en el artículo 13 de la constitución política, el derecho a la igualdad; puesto que en los hechos se narran las diferentes cualidades que poseía el Mayor - para el momento de la narración fáctica- en relación al curso de información militar para el cual él era la persona idónea según los requisitos necesarios para acceder a tal programa. En los hechos se habla de un requisito objetivo para la postulación al programa que finalmente no fue llamado a disfrutar, y es la antigüedad; por lo que se alega que la persona que fue llamada a ser beneficiaria de dicho programa de información militar llevaba menos tiempo que el accionante estando alistado en las fuerzas militares. En esta providencia se niega la presunta violación que alega la parte demandante, así confirmando la sentencia de segunda instancia. En las consideraciones encontramos una evidencia más de la legitimación que le da la Corte a las entidades administrativas de hacer un uso responsable de la discrecionalidad, diciendo lo siguiente:

“La Corte Constitucional deja en claro que el derecho a la igualdad no desconoce la discrecionalidad requerida para el buen criterio de selección, que de suyo, como la justicia misma, discierne y luego se concreta en el que merece, de acuerdo con las circunstancias legítimas.

La discrecionalidad contemplada no significa desconocimiento -ni mucho menos violación- de la igualdad en derecho contemplada por el artículo 13 de la Carta. Todo lo contrario: faculta al Comando a seleccionar entre iguales, precisamente porque a todo candidato se le presenta la oportunidad de ascender, esto es, de cambiar de posición en el nivel jerárquico del Ejército, de acuerdo con unos requisitos mínimos exigidos por la ley, iguales a todos, que se cotejarán con las necesidades del país, las cuales, al ser cambiantes, deben valorarse por el juicio honesto de quien decide, no de acuerdo con su arbitrariedad absoluta, sino con el bien común” (Sentencia T-122/1993).

Es así como la Corte presenta de manera apropiada la manera de entender la discrecionalidad en las motivaciones de las autoridades administrativas, poniendo un límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad absoluta; límite que debe ser entendido como el *merecimiento* que concierne a los requerimientos mínimos que exige la ley para el caso en concreto.

La Corte Constitucional en el año 2000, haciendo enfoque en el alcance de las facultades discrecionales de la administración referentes a la necesidad de motivar los actos administrativos que se expiden con fundamento de sus facultades, en el caso en concreto, el despido de funcionarios de libre y nombramiento y remoción, nos brinda una distinción muy precisa que nos permite entender la aplicación de la discrecionalidad en las decisiones de la administración. La Corte frente al caso en mención, con el fin de evitar la confusión entre arbitrariedad y discrecionalidad, realiza la distinción de la discrecionalidad absoluta y la relativa, entendiéndose la discrecionalidad absoluta como la facultad que permite al funcionario tomar decisiones sin tener la necesidad o deber jurídico de exponer unas razones que justifiquen y argumenten de manera razonada su decisión, lo cual es claro según los postulados que hemos observado de la Corte durante este capítulo, que este sería un tipo de discrecionalidad que estaría permeado constantemente del arbitrio del funcionario, lo cual no es de gran aprecio o aceptación por parte del ordenamiento jurídico colombiano.

Por el contrario, la discrecionalidad relativa es aquella posibilidad, que lejos del arbitrio del funcionario permite abrir un nuevo panorama para este, como lo indica la Corte: “(...) *permite apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional*” (Sentencia C-734/2000).

Según lo anterior, la discrecionalidad conferida a la administración, la Corte es clara al indicar que no es absoluta, sino que esta, es relativa y está limitada por los objetivos que se persiguen con el otorgamiento de dicha discrecionalidad y por la proporcionalidad en su aplicación frente a la decisión que está tomando el funcionario.

Diferenciar la discrecionalidad relativa de la absoluta, o como la Corte lo indica lo discrecional de lo arbitrario, es necesario para identificar las razones de la decisión tomada por el funcionario, lo cual la motivación del acto es aquella garantía que permite realizar un análisis, juicio o valoración a la decisión del funcionario, sin embargo, como es señalado por la Corte Constitucional en esta providencia, haciendo referencia a sentencia SU-250 de 1998, la no motivación del acto de despido de un empleado de libre nombramiento y remoción es una excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, lo cual nos permite inferir que la discrecionalidad dentro de la función administrativa, es considerada una excepción, ya que la Corte señala, “***no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está***” (Sentencia C-734/2000).

Por consiguiente encontramos que existe la discrecionalidad en términos administrativos y además, una diferencia entre la discrecionalidad absoluta y relativa; pasemos a analizar qué ha dicho la Corte Constitucional en lo concerniente a la discrecionalidad, judicialmente hablando.

Una sentencia de tutela del año 2003 es clave para desarrollar la discrecionalidad judicial. En este caso, el accionante reclama la legalidad de las motivaciones que llevaron a fundar la decisión adoptada por el tribunal que resolvió un recurso de apelación previamente presentado ante ésta. La Corte se declara como incompetente para resolver la pretensión,

puesto que la acción de tutela no debe verse como un instrumento que busque modificar la interpretación que los jueces le han dado a la norma en el caso antecedente, por el contrario, más que como un mecanismo complementario a las decisiones judiciales, la tutela es un mecanismo que emerge bajo el ruego de protección debido a una vulneración efectiva de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa judicial. Es por esto que la providencia resuelve confirmar la sentencia de segunda instancia, que presuntamente bajo la óptica del accionante, era una vulneración del derecho al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial.

No obstante, la Corte en su análisis del caso *sub examine*¹⁶, luego de comulgar frente a la decisión que es presuntamente es violatoria de los derechos antes mencionados, plantea lo siguiente: “(...) *los jueces de la República en sus decisiones y al confrontar la relación Constitución, ley, - hechos -, hacen uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido de los textos constitucionales armonizando la legislación con la decisión judicial. En ese ámbito reservado a su función, dentro de las normas y criterios legales, el juez competente dispone de la facultad inalienable de resolver sobre el asunto sometido a su análisis*” (Sentencia T-607/2003).

En el entendido de este apartado debe decirse lo siguiente: la discrecionalidad judicial a la que alude este acápite de la sentencia, plantea una interpretación ligada a la constitución política cuando otorga una independencia judicial dentro de las decisiones que los jueces de la republica profieren, ya que como antes se hizo la aclaración, la Corte no puede interferir en una decisión ya ejecutada, el objeto de la Litis ya ha sido decidido; no tendría ningún sentido que la Corte entrara a decidir nuevamente sobre este objeto ya resuelto, degeneraría en todo sentido la potestad que tienen los jueces para decidir en los casos que son llamados a resolver.

¹⁶ Latín, def: En virtud de examinar.

La Corte en la misma sentencia afirma que: “*Debe tenerse en cuenta que la vía de hecho, (...) se configura solo cuando la conducta del agente carece de todo fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona*” verbigracia, las vías de hecho en las que pueden incurrir los funcionarios judiciales plantean más un supuesto de arbitrariedad que de interpretación discrecional normativa.

Finalmente, la confrontación que los jueces deben hacer corresponde a una lógica de subsunción normativa, ya que la *relación Constitución, ley y hechos* no constituye sino la limitación de la que hemos venido hablando desde el comienzo de este trabajo.

Conclusiones

La situación planteada al inicio de esta investigación, a partir del ordenamiento jurídico, nos llevó a realizar un estudio frente al alcance que tiene la ley dentro de la aplicación normativa, y así mismo, la incidencia directa que esta tiene dentro de la decisión judicial en Colombia. Lo anterior nos dirige a estudiar los instrumentos de interpretación normativa en la función jurisdiccional colombiana, y de esta forma, identificar si es posible el empleo de la discrecionalidad judicial como un instrumento que permita al juez observar y analizar subjetivamente los elementos determinantes del sentido de un fallo a partir de una potestad constitucional. Posterior a una revisión sistemática del conocimiento existente sobre: “la discrecionalidad judicial en la función judicial en Colombia” se encontraron textos y principalmente manifestaciones de la corte constitucional por medio de sus providencias muy específicos que se relacionaban intrínsecamente con el horizonte puntual de la investigación académica y otros muchos, que tienen gran cercanía y que se relacionan de algún modo con nuestras categorías de estudio: Función judicial; norma jurídica; discrecionalidad judicial; jueces y silogismo jurídico o subsunción normativa.

En un sentido interpretativo, como fue planteado durante el desarrollo del trabajo, el concepto de silogismo jurídico y discrecionalidad judicial, presentan una exclusión lógica por parte de uno hacia el otro. El silogismo jurídico razona una norma, pues en la estructura misma de este se evidencia una paridad de premisas a las que la lógica le otorga una conclusión, que casi como una operación aritmética arroja un resultado. Esto permite afirmar que tanto la discrecionalidad judicial absoluta, como el silogismo jurídico, plantean una interpretación errada y apartada de la Constitución Política colombiana, ya que la discrecionalidad tendría que matizarse hasta el punto de determinar si puede llegar a ser absoluta o relativa, y además, en qué momentos podría acudir a tal instrumento. Por el otro lado, el silogismo cobija en sí una lógica aplastante, que tendría como supuesto una preexistencia de disposiciones normativas que pudieran prever cualquier situación que pueda presentarse en la facticidad del caso sub examine.

Más allá de esto, también podemos afirmar que los jueces de la república cuentan con múltiples limitaciones constitucionales las cuales no permiten de ninguna manera apelar a sus emociones, conciencia o códigos de moralidad; cómo es posible pensar en una concepción naturalista de la aplicación normativa, pues no podemos olvidar que aunque el sistema positivista manifieste una seguridad jurídica y legal por medio de su técnica legislativa, es el juez quien aplica la norma. No obstante, referirnos a los jueces de la república es una generalidad extensiva a la estructura judicial en Colombia, no obstante, la Corte Constitucional no puede ser abarcada por esta referencia antes mencionada, ya que según las funciones que emergen de la Corte frente a la dinámica institucional del estado colombiano, y de acuerdo al carácter vinculante que adquieren los precedentes judiciales de las providencias emitidas por este tribunal, es posible identificar como la Corte Constitucional hace uso de unas facultades interpretativas que permiten materializar su autonomía en el ejercicio de su función, y de esta manera, orientar de acuerdo a sus lineamientos interpretativos el ejercicio de la función jurisdiccional. Además, como se ha venido desarrollando a lo largo de este proyecto, se puede inferir la importancia que tienen las providencias de los órganos de cierre y la vinculación que pueden llegar a tener en las providencias que profieren los jueces de menor jerarquía. El precedente vertical y el recurso de casación, son dos de los argumentos en los que podríamos basarnos para afirmar que la discrecionalidad se puede ver comprometida en el supuesto de que un órgano de cierre se haya visto en la posición de analizar una situación razonablemente similar en cuanto a los elementos facticos y jurídicos que puede plantear el caso en concreto; ya que la jurisprudencia reiterada constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para los jueces que se ven en la necesidad de resolver un caso similar al ya resuelto por alguno de estos órganos de cierre, tanto así, que cualquier apartamiento o desobedecimiento al precedente ya constituido, debe estar ampliamente argumentado, hasta el punto de satisfacer la necesidad de persuadir con sus consideraciones la desobediencia en la que incurrió el juez al darle un sentido contrario al fallo reiterado por un órgano de cierre.

Es aquí cuando debemos decir que la discrecionalidad judicial no es el instrumento por el cual deba guiarse un juez a la hora de dictar sentencia, puesto que el silogismo plantea una

lógica más acertada en casos que las disposiciones normativas son suficientes para resolver la situación en concreto. Los órganos de cierre son aquellos tribunales encargados de *cerrar* esa discusión por la cual son llamados a resolver, por lo que la resolución de conflictos en estas instancias requiere de una discreción por parte de los magistrados que puedan interpretar el derecho de la manera más ajustada. Ahora bien, la discreción de la que pueden hacer uso los jueces se precisa en unos casos puntuales que la Corte ha señalado. Estos casos, como bien hemos dicho, son puntuales para el caso que convoca la necesidad de interpretar la norma por situaciones que ameritan una interpretación distinta a la que el precedente señala; por lo que esta discreción no puede confundirse con el arbitrio judicial, ya que los casos en que la norma es clara, y no se requiere de una interpretación diferente a la ya precedida por los altos tribunales, se configura un arbitrio o una vía de hecho.

El autor Ronald Dworkin es uno de los grandes autores a los que nos hemos remitido en esta investigación, pues ya previamente se ha encargado de realizar juiciosamente un estudio acerca de este tema. Del mismo modo, encontramos como el profesor Dworkin nos ilustra en cuanto a este debate, si la discreción judicial existe o no realmente; pues así es como principios y directrices pasan a ser protagonistas de esta discusión, ya que normativamente, hemos concluido una formula lógica que es aplicada por los funcionarios judiciales en escenarios positivistas, sin embargo, los principios no son estándares que los jueces deberían pasar por alto en sus providencias, ya que analizando la importancia de los mismos en el ordenamiento, teniendo como base el texto de Dworkin, vislumbramos un sistema anglosajón en práctica de esta comparación norma vs principio, por lo que se puede ejemplificar como el distanciamiento o modificación de la norma, deja resultados más prósperos en términos judiciales. Por otra parte, la ponderación de principios no es algo desconocido por las cortes colombianas, ya que es un juicio que debe ser llevado a cabo de igual manera cuando se encuentre un conflicto entre los mismos, aunque como bien sabemos, nuestra corriente positivista no es la indicada para evidenciar un sistema jurídico en el cual los jueces puedan hacer derecho, por el contrario, evidenciamos jueces anclados

en la antigüedad, tradición y negándole el impulso de progreso que podrían darse en caso de no existir limitaciones como las que se han expuesto en este trabajo.

Por último, esta investigación deja como resultado la afirmación de que la discrecionalidad judicial únicamente es aplicable en providencias emitidas por la Corte Constitucional, pues en respeto de sus funciones otorgadas por el Estado Social de Derecho, es esta quien podría hacer una interpretación concreta y diferenciada de los precedentes que pueden acoger el caso en discusión.

Conforme a lo expuesto, logramos concluir que el ordenamiento jurídico colombiano plantea una limitación expresa para la función jurisdiccional, y es la remisión a la ley como fuente formal del derecho. Así las cosas, aunque la función jurisdiccional se vea limitada de tal manera que su interpretación no puede exceder los límites de la norma, su interpretación debe ser armónica con la jurisprudencia que pueda existir acerca de la interpretación que requiera el caso en concreto a resolver. La discreción como potestad judicial es una atribución para casos puntuales, como lo ha expresado la Corte, por lo que afirmar que la discrecionalidad judicial constituye un instrumento de aplicación normativa sería arriesgado hasta el punto de incurrir en un desbordamiento de libertad para los jueces de la república. Asimismo, la aplicación normativa de los jueces recae sobre una lógica que concluye una consecuencia jurídica derivada de unos hechos probados en el proceso y una norma jurídica que la respalda. Finalmente, generalizar un instrumento de aplicación normativa, es una tarea imposible de llevar a cabo, ya que el derecho requiere de un estudio concreto para cada caso, y además, su interpretación puede ser variante dependiendo de la instancia que tenga el deber de resolver.

Bibliografía

- Burgos, J. G. (2008). Independencia judicial en Colombia, una aproximación descriptiva a la jurisprudencia constitucional colombiana. 1994-2007. *Novum Jus*, 153-182.
- Cappelletti, M. (1990). *Le pouvoir des juges: articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*. Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Contreras Calderon, J. A. (2011). *El precedente judicial en Colombia: Un analisis desde la teoria del Derecho*. Medellín: Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Estrada Velez, S. I. (2015). Capitulo VII: Las fuentes del derecho. En *Teoria del derecho* (págs. 345-398). Medellín: Universidad de Medellín.
- Londoño Restrepo, A. L. (2015). *La discrecionalidad judicial y el imperio de la ley en Colombia*. Manizales.
- Martinez Montoya, J. A. (2017). *El silogismo juridico en la demostracion del hecho que la ley califica como delito*. Ciudad de Juarez: Revista Especializada en Investigacion Jurídica.
- Massini Correas, C. I. (2008). *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*. Mexico D.F: Editorial Porrúa.
- Molina Montoya, N. P. (2005). ¿Qué es el estado del arte? *Ciencia y Tecnologia para la salud Visual y Ocular*, 73-75.
- Peña Gonzalez, C. (1995). *Discrecion e intrerptetacion judicial: Las tesis de Dworkin*. THEMIS.
- Sentencia C-335/2008 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-400/1998 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-486/1993 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-539/2011 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-551/2003 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-621/2015 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-643/2011 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-734/2000 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-816/2011 (Corte Constitucional).
- Sentencia C-836/2001 (Corte Constitucional).
- Sentencia SU-047/1999 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-1165-2003 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-122/1993 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-292/2006 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-406/1992 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-439/2000 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-566/1998 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-569/2001 (Corte Constitucional).
- Sentencia T-607/2003 (Corte Constitucional).

Sentencia T-688/2003 (Corte Constitucional).

Zavaleta Rodríguez, R. E. (s.f.). La discrecionalidad judicial... querer no es poder. *Revista Jurídica Cajamarca*.