

# Iter Ad Veritatem

# 8



Facultad de  
Derecho



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A

*Experiencia y Calidad*



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA A  
COLCIENCIAS

Iter Ad Veritatem

Tunja  
Colombia

N° 8

pp. 01 - 310

Anual

2010

ISSN: 1909-9843



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SECCIONAL TUNJA  
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO  
ITER AD VERITATEM  
N° 8**

**Tunja, 2010**

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

**ENTIDAD EDITORA**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**DIRECTOR**

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**EDITOR**

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

**NÚMERO DE LA REVISTA**

Ocho (8)

Resultado de los trabajos de 2010

**Periodicidad**

Anual

**ISSN**

1909-9843

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

[revistaderecho@ustatunja.edu.co](mailto:revistaderecho@ustatunja.edu.co)  
[dhiguera@ustatunja.edu.co](mailto:dhiguera@ustatunja.edu.co)

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:** Mg. Eyder Bolívar Mojica.

**Revisión inglés:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón  
Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Paola Torres, Semillero de Investigación en Derecho Administrativo

**Estudiantes participantes:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón  
Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.



---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**  
Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph. D. Ciro Norberto Güecha Medina**  
Decano de Facultad

## **EDITOR**

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Ph.D. Pierre Subra de Bieusses**  
Universidad París X, Francia

**Ph.D. Pablo Guadarrama**  
Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph.D. Natalia Barbero**  
Universidad de Estudios a Distancia, España.  
Universidad de Sevilla, España.

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.**

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.**  
Vicerrector Académico.

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.**  
Director Centro de Investigaciones.

**Mg. Andrea Sotelo Carreño.**  
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**  
Madison University, Estados Unidos.

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Universidad de Antioquia, Colombia.

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

**CORRECTORES DE ESTILO**

**Mg. Eyder Bolívar Mojica**  
Investigador en Derechos Humanos.

**Mg. Andrea Sotelo C.**

---

## **PARES ACADÉMICOS**

### **Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas**

Abogado, profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal”, de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: abogadorey@gmail.com

### **Mg. Eyder Bolívar Mojica**

Abogado, docente Investigador de la USTA- Tunja, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Mg. en Derechos Humanos UNLP, Mg. (c) en Relaciones Internacionales UNLP, Esp. en Derecho Penal UBA. bolivarabogados@yahoo.com.ar.

### **Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Mg. (c) en Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Correo de contacto: maloma11@hotmail.com.

### **Mg. (c) Héctor Julio Prieto Cely**

Abogado Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; Magister (c) en responsabilidad de la Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

### **Esp. Rubén Darío Serna Salazar**

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Abogado Asesor de la Asociación de Consumidores de Manizales y Caldas; Presidente de la Liga de consumidores de Tunja; Docente de pregrado USTA Villavicencio y Tunja, y Asesor de Consultorio Jurídico.

---

---

# CONTENIDO

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>13</b>
<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>15</b>
<b>SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL .....</b>	<b>17</b>
<b>Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública .....</b>	<b>19</b>
Edwin Hernando Alonso Niño	
<b>Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar .....</b>	<b>37</b>
Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón Lizzete Andrea Sánchez Bernal	
<b>La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia .....</b>	<b>59</b>
Lina Marcela Martínez Sarmiento María Antonia Perilla Cárdenas	
<b>Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos ..</b>	<b>75</b>
Diego Alejandro López Laitón Mario Alfonso Villate Barrera	
<b>La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial .....</b>	<b>89</b>
Nubia Lorena Daza López	
<b>SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO .....</b>	<b>105</b>
<b>El “espíritu” del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad .....</b>	<b>107</b>
Nonny Carolina Benavides Martín Nayibet Isabel Acosta Roa	
<b>El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena .....</b>	<b>119</b>
Nayibet Isabel Acosta Roa	

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

<b>Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?</b> .....	129
Edison Fernando Vargas Nieto	
<b>Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia, análisis del proyecto de ley 110 del senado</b> .....	147
Luis Ricardo Carreño Garzón	
<b>La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal</b> .....	157
Adriana Astrid Sierra Pinilla	
<b>La violación del principio de progresividad en derecho laboral</b> .....	173
Ángela Mercedes Cárdenas Amaya	
<b>La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia</b> .....	191
Martha Angélica Salinas	
<b>La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional</b> .....	205
Ángela Marcela Robayo Gil	
<b>Prohibición del Tabaco: La Sentencia C-639 De 2010, proporcionalidad y ponderación</b> .....	225
Fernando Tovar Uricoechea	
<b>SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS</b> .....	243
<b>La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico</b> .....	245
Sara Lorena Alba Palacios	
<b>El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia</b> .....	267
Edwin Hernando Alonso Niño	
<b>El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas</b> .....	277
Elizabeth Vargas Salcedo Genny Paola Espitia Raba	
<b>Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano</b> .....	289
Martha Liliana Hurtado Pedraza	

---

## EDITORIAL

Iter Ad Veritatem es una publicación académica destinada para la divulgación de los resultados de investigación de nuestros estudiantes, nuestro orgullo, esta cantera donde se forjan los héroes del futuro y del presente, donde se fortalecen mentes y espíritus, marca claramente nuestra vocación como institución humanista, y en donde se espera formar a quienes luchen por la justicia del mañana.

Sentencia en uno de sus memorables escritos el genio literato ruso León Tolstoi<sup>1</sup> que todas las luchas políticas por las diversas formas de gobierno son simplemente, como áridos campos donde se vierte sangre de compatriotas y de los cuales no se puede esperar ningún fruto. Nuestras organizaciones, Gobiernos, Estados, Instituciones, son simplemente la disposición de la leña para la hoguera, la cual, no importa como se organice, nunca podrá arder mientras esté verde, en cambio, la madera seca arde sin importar como se le coloque.

¿Qué hace el tránsito de verde a seca en esta leña?, la madurez claro está, pero madurez no es perder la alegría o las ganas de jugar, sino lograr el desarrollo integral como persona de mente abierta y un espíritu firme, ser maduro en el espíritu significa ser un ciudadano ético. Y por lo tanto, la única educación consiste en formar en y para la ética.

Ética que si solo es moralidad, se traduciría en impotencia, pero si solo se tiene la fuerza y la sabiduría se convertiría en un monstruo ilustrado. Por eso como humanistas y educadores creemos en la formación integral de nuestros estudiantes para que simultáneamente y sin priorizar alguna, se forje en su espíritu la luz y la templanza, sinónimos de moral y sabiduría, las cuales vencen en términos de Santo Tomás, la doble oscuridad en que hemos nacido, el pecado y la ignorancia.

El editor.

**Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
**Director del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas**  
**Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja**

---

1 León Tolstoi, Obras completas. Editor Carbonell y Esteva, 1905



---

## PRESENTACIÓN

Dentro de la panorámica investigativa de la Teoría del Derecho se encuentran múltiples estudios en busca de la permanente visualización del dinamismo de las ideas filosóficas del Derecho, que conforman los elementos esenciales de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de los mecanismos de protección conforme a la validez jurídica, la moralidad y la persecución de la eficacia de los derechos que protege, al priorizar el derecho sustantivo frente al derecho procesal y el procedimental.

Por lo tanto, la Revista *Iter Ad Veritatem* N° 8 ha querido enfatizar en la sección Segunda con la “Fundamentación del Derecho” en sus distintas ramas como civil, penal, laboral y constitucional; al analizar históricamente la institución jurídica de la propiedad y el trasfondo de la pena en Colombia; la realidad actual de las garantías laborales, la seguridad vial, la responsabilidad compartida entre el autor y la víctima en la comisión del delito, el derecho a la intimidad y libertad personal frente a la inteligencia estatal Colombiana, entre otros.

De igual forma, se plasman artículos producto de los diferentes proyectos y semilleros de investigación que hacen parte del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, componiendo una muestra de la producción institucional y el potencial humano con el que cuenta nuestra comunidad académica. El derecho permite observar la realidad desde diferentes aristas, bajo las cuales se discierne y se enfoca en temas de derecho público, penal y constitucional, sobre los cuales centra su atención la producción intelectual de nuestros estudiantes: los contratos por la administración pública, las operaciones de guerra u operaciones militares, la rebaja de penas por el bicentenario y otras fechas que han sido memorables para Colombia, la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y el precedente jurisprudencial, conforman la sección primera denominada “Artículos de producción institucional”.

Por otro lado, se ha dispuesto una tercera sección que hace alusión a “Temáticas internacionales, extranjeras o comparadas”, teniendo en cuenta la importancia de las telecomunicaciones en el derecho, la evolución del mismo en otros países y su aporte al ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta la trascendencia del derecho en la realidad social; dentro de los temas que son abordados, encontramos el contrato electrónico, el aborto y la eutanasia, el núcleo esencial del derecho a la educación en Colombia, y la responsabilidad del perito contable en la prueba pericial dentro del proceso judicial colombiano.

Asimismo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando un grano de arena a incentivar la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines, entendiendo la investigación como convicción y legado de Santo Tomás de Aquino, en buscar cada día ser “Facientes Veritatem” (hacedores de la verdad).

**Sara Lorena Alba Palacios**

Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

---

---

**SECCIÓN II:**  
**FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO**

---

---

# LA RACIONALIDAD COMO EXIGENCIA HERMENÉUTICA EN LA ACTIVIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

## RATIONALITY AS HERMENEUTICS REQUIRIMENT IN THE CONSTITUTIONAL JUDGE'S ACTIVITY

Por: Angela Marcela Robayo Gil\*

### **RESUMEN:\*\***

El uso de criterios hermenéuticos es de vital importancia en la labor de dar aplicación a las normas jurídicas, sobre todo a las normas constitucionales que por su carácter abierto se prestan para interpretaciones arbitrarias. Por esta razón, la doctrina Constitucional ha establecido una serie de criterios hermenéuticos con miras a reducir las interpretaciones arbitrarias y de este modo garantizar la aplicación de una efectiva justicia; sin embargo, pese a que la racionalidad ha sido mencionada en doctrina Constitucional como un criterio para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, no se ha tomado realmente como una exigencia hermenéutica en la labor del juez constitucional, hecho que como explicamos en el presente trabajo, debe ser reformado en procura de perfeccionar la aplicación del Derecho y eliminar arbitrariedades e injusticias.

---

\* *Estudiante cuarto semestre de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.*

\*\* *Resultado de investigación: avance del proyecto.*

**PALABRAS CLAVE:**

Hermenéutica, argumentación, precedente, racionalidad.

**ABSTRACT:**

The use of interpretive criteria is pretty important in the effort to implement the legal norms, especially the constitutional norms because for their open character they lend themselves to arbitrary interpretations. For this reason, the Constitutional doctrine has established a series of interpretive criteria to reduce the arbitrary interpretations and thus ensure the effective implementation of

justice, however, although the rationale has been mentioned in constitutional doctrine as a criterion for proper assessment of the interpretive arguments for legislative and constitutional dispositions, has not really been taken as a requirement of hermeneutics in the work of constitutional judges, fact that how is explained in this work, should be reformed in an attempt to improve the application of law and eliminate arbitrariness and injustices.

**KEY WORDS:**

Hermeneutics, argumentation, precedent, rationality.

**INTRODUCCIÓN:**

A partir de 1991 se modificó por completo el paradigma Constitucional, introduciendo cambios en las fuentes del Derecho al establecer a la Carta Constitucional como fuente primaria del universo normativo colombiano.

Este hecho trajo consigo muchas consecuencias como la constitucionalización del derecho y el establecimiento de un catálogo de Derechos Fundamentales directamente exigibles por el ciudadano a través de mecanismos sucintos y ágiles especialmente diseñados para su efectiva protección; pero el carácter abierto e indeterminado de la mayoría de las normas constitucionales se traducen en problemas de aplicación, sobre todo porque su naturaleza exige inexorablemente de la labor interpretativa de quien pretenda aplicarlas, lo que supone un problema si no se usan los criterios hermenéuticos adecuados, ya

que el intérprete podría realizar su labor discrecional y arbitrariamente, haciendo que sobre una misma norma existiesen diversas interpretaciones que pueden incluso contradecirse entre sí.

De este hecho se deriva la importancia de establecer criterios y exigencias hermenéuticas a la comunidad jurídica en general, pero sobre todo al juez constitucional que es el encargado de garantizar la supremacía de la Constitución y de su correcta aplicación; de allí que en los casi 20 años de vigencia de la carta política se hallan usado diversos criterios en la tarea interpretativa como la teoría de los principios, el valor vinculante de la jurisprudencia y la argumentación; sin embargo, pese a que la doctrina Constitucional ha mencionado el criterio de racionalidad, éste no ha ocupado el papel central que amerita como exigencia de discurso ideal.

## **OBJETIVO:**

Determinar el papel que desempeña la racionalidad dentro de la actividad hermenéutica del juez.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

1- Realizar una descripción de la teoría de los criterios hermenéuticos pertinentes al ordenamiento jurídico colombiano.

2- Exponer la carga de las construcciones jurídicas derivadas del ejercicio hermenéutico como la argumentación y el cumplimiento de requisitos de objetividad.

## **METODOLOGÍA:**

Nuestro trabajo que se enmarca en principios analíticos conceptuales y que toman como base las referencias bibliográficas de la doctrina sobre la hermenéutica y la argumentación jurídica, estas construcciones conceptuales las sometemos al instrumento crítico de revisión como ratificación de su pertinencia jurídico-científica, tomando como base la jurisprudencia tipo que nos permita desarrollar los elementos descritos en la parte general.

## **JUSTIFICACIÓN:**

La interpretación le da vida al significante, convirtiéndole en un significado, la simple disposición como texto no nos dice nada del contenido del mundo del derecho, y se requerirá de una correcta hermenéutica para traducirle en una norma jurídica determinada, pues la hermenéutica implica entender la norma planteada por el autor, en el caso del derecho el legislador, y no permitir la construcción de normas por parte del intérprete; situación problemática en vigencia del constitucionalismo moderno que establece los derechos fundamentales

como normas abiertas, por lo cual se requiere de determinadas herramientas como las planteadas en la teoría de los principios, y a su vez imponen cargas argumentativas en la resolución de los problemas jurídicos, es en este contexto donde encuentra su sentido la racionalidad como pretensión de objetividad del discurso jurídico del fallador, sin embargo, su rol dentro del universo de obligaciones y herramientas tanto hermenéuticas como argumentativas no ha sido planteado claramente por la jurisprudencia<sup>1</sup> y la doctrina, lo que convierte el presente trabajo en un tema de interés en el contexto del derecho público colombiano.

## **QUÉ ES INTERPRETAR**

Casi la totalidad de actuaciones del ser humano son objeto de interpretación: comportamientos humanos, hechos históricos, manifestaciones de producción artística y por supuesto los textos, de cualquier índole. Como interpretar consiste en determinar el significado o sentido de una manifestación del lenguaje, se habla principalmente de la hermenéutica como ciencia de interpretación respecto de los textos. Tan directa es la relación entre el acto de interpretar y el lenguaje humano que incluso Biblia puede también ser sujeta a procesos hermenéuticos, por parte de los expertos por supuesto, en cuanto se encuentra expresada en el lenguaje humano, y más aun, en los términos de sus escritores.

Por eso mismo dista mucho de ser un proceso de donde se extrae mucho más de lo que hubiese querido decir un autor, pues una regla general de la interpretación es no dar a la obra, cualquiera que sea, significados diferentes de lo que el autor en realidad quiso decir, pues de esta forma se

<sup>1</sup> Pueden verse al respecto las sentencias T-411/94, T-523/97, T-796/98, C-093/01, T-642/04

estaría usando la labor interpretativa para tergiversar la realidad y acomodarla a los intereses o creencias particulares.

Siguiendo al italiano Riccardo Guastini en el análisis de sus escritos sobre hermenéutica realizada por María C. Gimeno, se trata brevemente lo concerniente a la explicación de lo que es la interpretación de textos. De esta manera; “cuando se habla de interpretar un texto, interpretar significa atribuir sentido y/o significado a un fragmento cualquiera del lenguaje (palabra, enunciado o locución). Conviene distinguir, cosa que no siempre se hace, la interpretación del comportamiento humano que ha producido ese texto (que sería una interpretación de comportamiento), ya que una cosa es interrogarse por el significado de las palabras y otra sobre las supuestas intenciones del que habla. Se debe distinguir también entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. La primera es orientada a los textos, la segunda a los hechos”<sup>2</sup>.

En cuanto a lo que concierne al presente trabajo, debemos tratar el tema de la interpretación de textos, en particular de textos legales; entendiendo en este contexto incluido el mandato constitucional. En Procura de evitar vaguedades en lo que a interpretación normativa respecta, se han establecido unos “criterios o métodos de interpretación”, los cuales son de libre escogencia y aplicación por parte del intérprete en su labor, y que apelan a diferentes razones para hacer defendible (y válida, en ese orden de ideas) la tesis que se pretende ejercer.

A continuación presentaremos algunos de esos métodos; haciendo una diferenciación en la pertinencia de aplicar algunos

métodos específicamente a la ley y algunos otros a la Constitución.

### **MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY:**

Antes de comenzar a hablar muy someramente de los métodos de interpretación, vale la pena aclarar el por qué de su importancia en el presente estudio. Para estos efectos tomaremos lo dicho por Riccardo Guastini al referirse a la distinción existente entre disposición y norma, señalando que la norma jurídica es el sentido de una disposición jurídica, pues ésta es la forma en que la norma jurídica se expresa.

Esta diferenciación entre disposición y norma aplica tanto a la jurisdicción ordinaria como a la jurisdicción constitucional. Así las cosas, la importancia del estudio de los métodos de interpretación radica en que el tránsito de disposición (general) a norma (particular), se hace a través del ejercicio Hermenéutico.

### **Método clásico literalista:**

Es acaso el más tradicional método de interpretación. Se evidencia inicialmente en las interpretaciones bíblicas, como lo muestra M.S. Terry en su texto “*La Hermenéutica*” cuya esencia es la hermenéutica bíblica. En él plantea diversos métodos de interpretación, pero da una supremacía al método Histórico-Gramático como el mejor a seguir por parte de los estudiantes cristianos, ya que su objeto fundamental es el extraer de las Escrituras el significado que los escritores quisieron dar. Como lo explica Terry, “El sentido histórico-gramático de un escrito es una interpretación de su lenguaje, tal como las leyes de la gramática y los hechos de la

2 GIMENO, María C.; 2001

historia lo exigen. No se preparó un lenguaje nuevo para los autores de las Escrituras; ellos se conformaron al lenguaje corriente del país y de la época. De otra manera sus composiciones hubiesen sido ininteligibles (...) Es necesario que prestemos atención a las definiciones y construcciones que un autor da a sus propios términos y jamás pensar que intenta contradecirse o confundir a sus lectores. También debe estudiarse el texto, así como la conexión de ideas, a fin de entender el asunto general, el plan y el propósito del escritor (...) Un principio fundamental de la exposición histórico-gramatical es que las palabras o sentencias no pueden tener más que un solo significado en una misma conexión. En el instante en que descuidamos este principio nos lanzamos a un torbellino de inseguridad y de conjeturas (...)” (TERRY, Milton; 1985, págs. 14-15)

Además, según lo explicado por Terry, este tipo de interpretación deberá desarrollarse tanto del contexto (conexión de pensamiento que se supone debe existir en cada uno de los pasajes que, sumados, forman el conjunto del documento) como del objeto (fin o propósito que el autor tiene en mente), sin perder de vista el plan (orden de pensamiento que el escritor se propone seguir). Entonces, *“Por consiguiente, el contexto, el objeto y el plan de un escrito deben estudiarse juntos; y, quizá, en orden lógico el objeto debiera ser lo primero a determinarse. Porque quizá sólo después de haber dominado el objeto y designio principal de toda la obra podamos comprender bien el significado de algunas partes especiales de la misma. Aún más, el plan de un libro está íntimamente relacionado con su objeto”*. (TERRY, Milton; 1985, pág. 25)

Siguiendo a Terry podemos sustraer de su escrito que un buen sistema de interpretación, debe tomar muy en consideración aspectos tales como el autor y sus circunstancias, la época y el lugar en que escribió y la ocasión y los motivos que le movieron a escribir. Y hay que suprimir el hacer investigaciones análogas acerca del carácter, condiciones e historia de aquellas personas para quienes se escribió el libro que estudiamos y de aquellos a quienes el libro menciona.

Ahora bien, diversos autores y juristas, predominantemente alemanes, quisieron adoptar y sistematizar gran parte de los logros alcanzados en hermenéutica de otras áreas en una forma de hermenéutica del derecho.

Es así como aparece el método de interpretación clásico literalista en la ciencia del Derecho. Históricamente surge a raíz de la carencia de normas expresas de interpretación en el código Napoleónico de 1804, lo que dio cabida al desarrollo por parte de los juristas franceses de una forma de interpretación hipertextualista, conocida como “Escuela de la exégesis”. Al hablar de este método debemos hacer inexorablemente referencia al tradicional método de interpretación planteado por el jurista alemán Friederich Karl von Savigny. Según Savigny, *“la interpretación en nada difiere de la interpretación de cualquier otro tipo de pensamiento expresado por el lenguaje, como por ejemplo, la de que se ocupa la filosofía”*. Su método interpretativo se sintetiza de la siguiente manera:

La teoría de Savigny postulaba, en líneas generales, que la interpretación de la ley se descomponía en cuatro elementos constitutivos: el gramatical,

el lógico, el histórico y el sistemático. La explicación de los elementos la hace así Savigny:

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico, por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determinada del modo de acción y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía antes sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción requerida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema. (LÓPEZ, Diego; 2002, pág. 29)

El sistema planteado por Savigny superaba con creces el literalismo exacerbado de la exégesis francesa pues propone un estudio más complejo del texto legal, ya que sus cuatro partes no son susceptibles de uso discrecional por parte del intérprete sino que, por el contrario, son cuatro pasos distintos que se han de seguir en conjunto para interpretar correctamente la ley.

Sin embargo, aunque la teoría de Savigny va más allá de la simple concepción exegética literalista, su postura es ampliamente criticada por desconocer los elementos finalista y consecuencialista que tanta importancia revisten actualmente en la interpretación constitucional, pues para el jurista alemán *“la ignorancia en que nos hallamos respecto del motivo de la ley en nada disminuye su autoridad”*. (LÓPEZ, Diego; 2002, Pág. 30).

De Igual forma, Savigny pensaba que el método consistente *“en la apreciación del resultado obtenido es de todos los métodos el más aventurado, pues el intérprete corre el riesgo de excederse en sus poderes y entrarse en el dominio de la legislación. Por esta razón, el método consecuencialista de interpretación debe circunscribirse en los más estrechos límites”* (LÓPEZ, Diego; 2002, Pág. 30).

Es de esta forma que surge el método de interpretación clásico finalista, el cual explicaremos a continuación:

#### **Método clásico finalista:**

Por la carencia de los elementos finalista y consecuencialista, en el método de Savigny, muchos autores comenzaron a criticarlo, entre ellos el también alemán Rudolf von Ihering, quien afirmaba que Savigny se concentraba demasiado en el texto escrito (conceptualismo) y se olvidaba de los problemas que la norma buscaba resolver (fin).

Para efectos de este trabajo debemos entender por “fin” el descubrimiento y comprensión de la problemática o carencia social que la ley busca resolver, así como un análisis concreto de si la aplicación de

la norma se traduce en las consecuencias que dependen de su propósito.

Pues bien, finalmente se ha integrando así el método de interpretación con los 5 elementos mencionados, los cuales entendemos de la siguiente manera:

- a) Histórica: se refiere a la observación del precedente, las costumbres, en general la identificación del tema.
- b) Texto: principio de legalidad, más aún en materia penal al identificar la norma que rige nuestro ordenamiento jurídico.
- c) Sistema: procedimiento que debe seguir conforme a los postulados aceptados por la comunidad en general.
- d) Lógica: interpretación del caso concreto, entendimiento del mismo para obrar con justicia.
- e) Fin: se refiere a la decisión, la cual responde con argumentos válidos y razonables, resultado de un estudio serio y lógico de los hechos, normas, procedimientos y teniendo en cuenta la particularidad del caso en concreto.

### **EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL**

Con la Carta Política de 1991, se reformó sustancialmente el sistema de fuentes del derecho en nuestro ordenamiento, no sería ya la ley, sino la Constitución, la fuente primaria del sistema jurídico, particularmente por dos grandes diferencias respecto de la Carta Magna de 1886: en primer lugar, el texto dio inexorable supremacía a la Constitución en el artículo 4 al declarar que la Constitución es norma

de normas; y por otra parte estableció un catálogo de Derechos Fundamentales los cuales son directamente exigibles por el ciudadano colombiano a través de la acción de Tutela, consagrada constitucionalmente en el artículo 86; lo cual implica la facultad de procedencia a la acción con una mera argumentación constitucional sin la necesidad de carga legal. Igualmente se establecieron acciones populares, de cumplimiento y de grupo que completan la baraja de acciones para la protección del marco constitucional (artículos 87 y 88).

### **MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL:**

Hay quienes piensan que deben tratarse indistintamente los métodos de interpretación para la ley y la Constitución; sin embargo, como lo mencionamos al principio de este trabajo, utilizaremos de preferencia algunos métodos de interpretación específicamente para la Constitución, ya que ésta tiene algunas características especiales como lo son el control de constitucionalidad, garantías especiales a los derechos fundamentales, y por supuesto, el manejo de reglas, principios y valores; lo que hace que haya una diferenciación entre los mandatos constitucionales y, por ende, estos deban ser interpretados de forma distinta a la ley, jerárquicamente inferior a la Constitución y sin clase alguna de diferenciación. Prueba de que la Constitución debe ser sometida a una interpretación especial son los *test* de los cuales son objeto única y exclusivamente los mandatos constitucionales como son el *test de racionalidad*, el *test de proporcionalidad* (para los derechos fundamentales), y el *test de igualdad* (en procura de salvaguardar el derecho a la igualdad, en un caso

específico), pero sobre esto hablaremos con mayor detalle más adelante.

Con el nuevo sistema de fuentes la constitución debe analizarse desde los métodos clásicos de interpretación, pero estos no son suficientes, el literalismo y el finalismo concebidos de manera tradicional deben ser completados por nuevas doctrinas hermenéuticas, pues la norma no es producida por el legislador en trámites de existencia y validez sino por las asambleas constituyentes en términos de creación de la norma primaria del establecimiento jurídico-político.

Si bien es cierto que la Constitución no tiene jerarquías formales en su interior, sí es cierto que existe una jerarquía interpretativa<sup>3</sup>.

En este orden de ideas, en la interpretación constitucional se debe dar prevalencia al propósito frente al formalismo, toda vez que parezca que el texto, en su aplicación, conduce a resultados contrarios a lo previsto como fin normativo. Al hablar de propósito no nos referimos a la “intención” del legislador (que bien vendría siendo la concepción originalista) sino al valor objetivo: el fin presumible de la norma, que debe ser la protección real y efectiva de un derecho; traduciéndose de esta manera en lo que anteriormente definimos como “pretensión de corrección”.

En general podrían afirmarse que los criterios sistemáticos y finalistas llevaron a que (i) un mayor número de derechos se hicieran tutelables, (ii) con menos trabas meramente procesales y (iii) con una primacía más clara del derecho

constitucional sobre el derecho común. (LÓPEZ, Diego; 2002, Pág. 52)

A continuación mencionaremos sucintamente las escuelas de interpretación constitucional:

**Historicismo u originalismo:** Es el clásico método de interpretación constitucional, utilizado principalmente en los textos abiertos o indeterminados que requieren para su comprensión el uso de elementos adicionales obtenidos de minuciosos estudios históricos acerca del significado y valores originales de la constitución. Es muy popular en Estados Unidos en la búsqueda de impedir la discrecionalidad en la actividad judicial; sin embargo en Colombia no se ha usado este método de interpretación por diversos problemas de aplicación práctica como lo son el que nuestra Constitución es bastante reciente (lo que supone la no mutación de los valores históricos originales), así como el hecho de que las actas de la Asamblea Nacional Constituyente están incompletas y fragmentadas, por lo que es sumamente complicado encontrar en ellas la determinación del sentido de la Constitución.

La aplicación del originalismo constitucional tiene dos puntos en contra: en primer lugar, la posibilidad efectiva de “amarrar” con este criterio a las generaciones futuras es cuestionable; en segundo lugar la asamblea constituyente, la cual actúa en este caso como determinante del contenido de derecho conforme sus criterios, razones y discusiones es confusa, o incluso inexistente, más aun al tratarse de un marco de consensualismos (el

3 Ver al respecto sentencia T-322/96: “Tratándose de la tutela, la decisión frente a normas jurídicas en tensión tiene que ser razonada, lo cual no implica una camisa de fuerza a la interpretación del contenido normativo por parte del operador jurídico. Todo lo contrario, privilegia el método sistemático, el finalístico, y como criterios interpretativos el que surge de los Convenios Internacionales, el principio de favorabilidad en lo penal y el principio ‘pro operatio’”

pacto constitucional) y no necesariamente identificados en un contexto y caso determinado.

**Finalismo Constitucional:** La insuficiencia de los criterios hermenéuticos más tradicionales, historicismo y literalismo, ha ocasionado que en Colombia, cada vez con mayor fuerza, prevalezcan interpretaciones sistemáticas y finalistas de la Constitución<sup>4</sup>. Pues bien, en nuestra hermenéutica constitucional no sirve el método finalista (legal) tradicional de Iherig, hace falta una forma de finalismo que atienda no a los móviles del legislador sino a las metas pensadas para ese mandato constitucional. Así las cosas, el finalismo se traduce en una pretensión de corrección, es decir, interpretar el texto siempre de la mejor manera posible. Como en la mayoría del articulado constitucional estamos refiriéndonos a principios, su interpretación debe darse bajo el mandato de optimización, de buscar siempre la mayor cobertura posible del derecho, o en términos de Robert Alexy, de obtener el mejor resultado conforme a la posibilidad fáctica y jurídica “más allá de su formulación más o menos precisa, los derechos fundamentales tienen el carácter de principios, y de que los principios son mandatos de optimización” (ALEXY, Robert; 2008, Pág. 13)

Y continúa “este aspecto se desprende de la definición de principio: los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las necesidades fácticas y jurídicas”

Y concluye “esa definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad

y proporcionalidad en sentido estricto” (ALEXY, Robert; Pág. 38)

Este mandato de optimización se evidencia en los test, que pueden ser tomados como formas de interpretación constitucional. El más usado, muy seguramente, es el *test de ponderación*, ya que es el indicado para resolver las incompatibilidades o “choques” entre derechos fundamentales. La ponderación es, entonces, el criterio para evaluar la validez en la reducción de derechos fundamentales por parte del legislador material. Consta de tres partes: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y el estudio de la proporcionalidad en sentido estricto.

Y en su adaptación a la estructura de derecho colombiano se ha denominado principio o test de razonabilidad cuando se trata de casos de análisis de constitucionalidad de normas.

Es así como, en el caso del derecho a la igualdad, sostiene la Corte Constitucional, en la sentencia C-530 de 1993 “un trato desigual fundado en un supuesto de hecho real, que persiga racionalmente una finalidad constitucionalmente admisible, sería sin embargo contrario al art. 13 si la consecuencia jurídica fuera desproporcionada”, en este orden de ideas se puede diferenciar las distintas sustancias de estos test en su objeto, de tal suerte que la razonabilidad y la proporcionalidad analizan los límites de aplicación de las normas respecto de los derechos fundamentales, y un correcto ejercicio hermenéutico determinará la constitucionalidad de una conducta o norma. Pero la infinidad de posibilidades

4 Véase por ejemplo sentencia C-511/96: “A nivel de la interpretación constitucional, el argumento histórico es de alcance limitado, por cuanto no es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado a la Constitución. Por ello debe predominar, en general, una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional, tal y como éste fue aprobado, y no recurrir a hipotéticas intenciones de la Asamblea Constituyente.”

y lo inagotable de la dinámica social hacen que en sede de optimización de los derechos fundamentales deba distinguirse entre su fin general (la optimización) y el análisis de este fin, es decir la proscripción de arbitrariedad legislativa en la razonabilidad y el resultado óptimo del choque de derechos en la proporcionalidad, distinguiéndose, como le hemos dicho en su objeto, pues la primera juzga la pertinencia de una finalidad mientras la segunda aplica respecto de los efectos de la diferenciación.

En cuanto a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cabe hacer una breve explicación acerca de su contenido. El subprincipio de *idoneidad* implica que cualquier intervención a un Derecho Fundamental debe ser adecuada para conseguir un fin constitucionalmente legítimo. La *necesidad* se refiere a que la medida debe ser la menos perjudicial para el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que se encuentran revestidas de idoneidad. En el estudio de la *proporcionalidad en sentido estricto* se tienen en cuenta las ventajas que se obtienen de la limitación del derecho fundamental, en contraposición con los sacrificios que el titular del derecho debe hacer, es decir, se analiza si el grado de realización de la finalidad legítima es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

Este último subprincipio es también conocido con el nombre de *ponderación* y se realiza a través de la *fórmula del peso* propuesta por Robert Alexy. En ella se deben tener en cuenta tres aspectos y analizarlos confiriéndole a cada uno de ellos un valor numérico: el “peso abstracto” de los principios, su “peso concreto” en el caso y la seguridad de las premisas empíricas en juego. Así las cosas, “*cuanto mayor es el*

*grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”. (ALEXY, R. pág. 40)

## EL PRECEDENTE

Más allá del debate del art. 230 de la constitución Nacional respecto de las fuentes de derecho, podemos partir de que existe cierto consenso doctrinal respecto del valor vinculante de la jurisprudencia, sobre todo a partir de la sentencia C-113 de 1993, donde la Corte manifestó: “*las sentencias que profiere la corte constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares*”. De otro lado, en sentencia C-049 de 2007, la Corte expuso las razones de la fuerza vinculante del precedente en Colombia, citando cuatro principalmente:

1. *“en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 13 CN), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales;*
2. *por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser razonablemente previsibles;*
3. *en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (art. 84 CN), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad, y finalmente;*
4. *por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico.”*

Este precedente consistirá entonces en una regla de carácter intermedio

entre la norma general y abstracta de la constitución y los casos futuros, por lo cual, siempre que sea aplicable, esta norma debe desplegarse a través de la subsunción; aunque por supuesto entender cuál es el verdadero significado de una *ratio decidendi* (pronunciamiento que dentro de la sentencia constituye precedente) depende igualmente de criterios hermenéuticos, de los cuales podremos considerar más idóneos los de orden legal tradicional.

Si bien el precedente constitucional goza de fuerza vinculante, la Corte, se ha pronunciado sobre la posibilidad de apartarse del mismo en algunos casos, en los cuales el juez posterior debe argumentar su decisión en razones objetivas y adecuadas.

A nivel doctrinal y jurisprudencial se habla de cuatro posibilidades, en las cuales las altas cortes, así como los jueces inferiores jerárquicamente están facultados para apartarse del precedente<sup>5</sup>, dichas posibilidades son: ***Distinguish***, cuando a pesar de existir similitudes en el caso a resolver y uno anteriormente resuelto, concurren en el caso nuevo diferencias importantes que no se hayan analizado en el caso anterior, lo cual impide igualarlos; ***Overruling***, cuando se presenta un cambio social posterior, al cual no se acomoda el pronunciamiento anterior, caso en el cual el juez posterior si logra probar que dicha jurisprudencia es errónea, para lo cual debe realizar una adecuada argumentación, está legitimado para cambiar el precedente. Otra posibilidad que contempla la Corte, consiste en que el juez puede considerar a la jurisprudencia errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el

ordenamiento jurídico y, finalmente, existe la posibilidad de que el juez posterior se aparte del precedente cuando se presentan cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir cuando hay modificaciones constitucionales o legales, sin embargo el juez debe argumentar por qué debe cambiar la *ratio decidendi*.

Como vemos, si el juez quiere apartarse del precedente, “está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”. En este punto se evidencia la importancia de la racionalidad aplicada al precedente, pero sobre eso nos detendremos más adelante.

#### **LA ARGUMENTACIÓN:**

Como lo mencionamos en el acápite anterior, para apartarse de un precedente es necesario agotar un adecuado proceso argumentativo, entendido éste como el conjunto de razones (argumentos) que sustentan la decisión. La argumentación jurídica es pertinente en nuestro estudio, en la medida en que la racionalidad se presenta como el óptimo argumentativo -en este caso- de las sentencias de la Corte Constitucional, concepto que desarrollaremos más adelante. Para este estudio, tomaremos como referencia lo expresado por Manuel Atienza en su texto “Derecho y Argumentación”<sup>6</sup>, a partir del cual realizaremos una somera explicación acerca del concepto de argumentación jurídica. Existe una especie de consenso general acerca de los cuatro elementos esenciales de la argumentación, a saber: la argumentación como expresión lingüística, la conclusión o punto final de la argumentación, la existencia de premisas que interactúan como punto de partida y

<sup>5</sup> Sentencia C-863/01

<sup>6</sup> (ATIENZA, Manuel; 1997)

la consecuente relación existente entre las premisas y la conclusión; sin embargo, existen diversas formas de entender éstos elementos, que es a lo que Atienza denomina concepción formal, concepción material y concepción pragmática.

La concepción formal es fundamentalmente lógica, busca establecer la concordancia entre las premisas y la conclusión, es decir, que las premisas tengan un encadenamiento lógico y que sean verdicas, así, la conclusión necesariamente será verdadera y por lo tanto válida. Un claro ejemplo de esto es el silogismo jurídico, en donde generalmente se tiene una premisa mayor, un premisa menor y una conclusión que debe inexorablemente derivarse de ellas, así por ejemplo: “El que matare a otro, incurrirá en pena de 20 a 30 años de prisión (premisas mayor). Juan mató a Pedro (premisas menor) por tanto Juan deberá pagar pena de 20 a 30 años de prisión”.

Por su parte, la concepción material si bien es distinta de la formal, requiere de ésta para su aplicación pues antes de analizar un argumento materialmente (es decir, analizar su contenido) se requiere hacer el análisis formal para asegurarse de que cumpla con los requisitos mínimos de la lógica, pues de lo contrario se estaría ante un razonamiento inválido. Esta concepción se presenta entonces como una teoría de las premisas, donde se habla de “las buenas razones” para tomar una decisión. Se analizan aquí, entonces, aspectos como la jerarquía entre los criterios de interpretación, cual método interpretativo debe preferirse sobre otro etcétera.

Para finalizar, la concepción pragmática, también conocida como concepción dialéctica, considera a la argumentación como un tipo de interacción lingüística,

allí, se presenta a la argumentación como un *acto de lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones determinadas; en general, podría decirse que en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado (de carácter teórico, práctico, etc.) y se acepta que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la fuerza física o a otros tipos de presiones externas al discurso)*. (ATIENZA, Manuel; 1997, Págs. 48-49).

## **RACIONALIDAD**

Haciendo una breve síntesis del discurso: para hacer tránsito de disposición a norma y poder aplicarla se requiere de interpretación; al realizar la respectiva labor hermenéutica y aplicar la norma a un determinado caso se crea una sentencia, que debiendo estar debidamente argumentada y por ser proferida por la Corte Constitucional está provista de un carácter vinculante que constituirá un precedente de obligatoria observancia por parte de los demás jueces y de la comunidad jurídica en general. Es en éste marco donde se reviste de importancia la racionalidad. Y es que si bien es cierto que por el carácter indeterminado del derecho -en especial del derecho constitucional- se otorga al juez un amplio margen de discrecionalidad, éste no puede traducirse en arbitrariedad; de allí la necesidad del estudio metajurídico<sup>7</sup> racional. Pero para entender mejor su trascendencia debemos en primera medida tener una noción de este concepto, el cual no debe confundirse con la racionalidad legislativa, que presume al legislador como un ser racional y capaz de articular correctamente los intereses colectivos, siendo la ley producto de esta racionalidad. La racionalidad “jurisprudencial” es un

<sup>7</sup> *Hablamos de un estudio metajurídico debido a que el concepto de racionalidad no se encuentra estipulado en ninguna norma jurídica, sin que esto le reste importancia a su aplicación.*

criterio dentro del discurso argumentativo para considerarlo desprovisto de arbitrariedad, es un concepto abstracto y complejo. En palabras de Carlos Bernal<sup>8</sup> es el criterio para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales. Puede entenderse también como el criterio para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad. Cumple básicamente dos funciones: la función de orientar al juez a tomar y adoptar decisiones correctamente, y la función valorativa, donde la comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de la Corte Constitucional.

Se habla de la exigencia de unos criterios que deben respetarse en toda decisión jurisprudencial, y que deben satisfacerse en las sentencias y sus motivaciones para que sean racionales. Carlos Bernal ha clasificado dichos criterios, los cuales explicaremos sucintamente a continuación:

**1. Claridad y consistencia conceptual.** Hace referencia a la existencia de argumentos claros y consistentes desde el punto de vista conceptual y lingüístico:

- a. Claridad conceptual: implica que los argumentos interpretativos utilizados por la Corte sean comprendidos tanto por las partes implicadas en el proceso como por la comunidad política y jurídica.
- b. Consistencia conceptual: se refiere a la no contradicción de los argumentos provistos por la Corte. Esto significa atribuir a los mismos conceptos siempre los mismos significados.

**2. Consistencia normativa:** Señala que el fundamento de las sentencias será más racional cuando se funde en argumentos que puedan ser aplicados a casos idénticos o análogos que proporcionen los mismos resultados.

**3. Saturación:** Todo argumento debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan.

**4. Respeto de la lógica deductiva:** En la argumentación, se deben respetar las reglas de la lógica deductiva para que los fundamentos sean racionales.

**5. Respeto de las cargas de la argumentación:** Los criterios de argumentación deben cumplir con las diversas cargas de la argumentación propias del control de constitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, principios como el *in dubio pro libertate*.

**6. Consistencia argumentativa y coherencia:**

- a. Consistencia argumentativa: exige que haya total ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos de la Corte.
- b. Coherencia: habla de que las proposiciones utilizadas por la Corte para fundamentar sus decisiones deben encontrar sustento en las reglas, en los valores comunes o en los principios generales.

<sup>8</sup> BERNAL, Carlos. (2005) *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá

## REFLEXIÓN: EJEMPLO PRÁCTICO

Hay que decir que estos criterios sirven de orientadores a la Corte Constitucional en su trabajo y, a su vez, funcionan para analizar, valorar y criticar las motivaciones y decisiones de la Corte. Es por esto que, a continuación, realizaremos el ejercicio de analizar la racionalidad de una sentencia de tutela, la cual no fue elegida al azar sino que su escogencia fue resultado de una búsqueda en procura de encontrar una providencia que presentara inconsistencias de acuerdo al principio objeto del trabajo. No se debe perder de vista que lo que pretendemos es ejemplarizar la importancia de seguir los criterios de racionalidad con un caso práctico, y no hacer un análisis exhaustivo de toda la jurisprudencia donde, por supuesto, hallamos sentencias que cumplen con los criterios de racionalidad.

Para efectos de este trabajo utilizaremos la sentencia T-486/05, la cual analizaremos al tenor de los criterios de racionalidad planteados anteriormente, con lo que pretendemos demostrar la falta de racionalidad de la Corte Constitucional en algunos de sus pronunciamientos.

Comenzaremos por explicar sucintamente los fundamentos fácticos de la Demanda:

- Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, celebró un contrato de acceso, uso e interconexión con las Empresas Públicas de Medellín -EEPPM- el 22 de noviembre de 1999. El 29 de agosto de 2002, la primera de las empresas mencionada solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT su intervención, con el objeto de que resolviera las controversias surgidas con ocasión del aludido contrato, y con

la aplicación de la opción de cargos de acceso por capacidad. Una vez la CRT asumió la competencia para resolver lo planteado en virtud de la solicitud que le fue presentada, inició el trámite correspondiente.

- Las Empresas Públicas de Medellín -EEPPM- interpusieron acción de tutela contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT y el Ministerio de Comunicaciones, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, acción que fue resuelta en forma negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia proferida el 27 de junio de 2003, por considerarla improcedente. Impugnado el fallo de primera instancia, el Consejo de Estado en sentencia de 4 de septiembre de 2003 lo revocó y, en su lugar, concedió el amparo constitucional solicitado, y ordenó a la CRT abstenerse de decidir el conflicto planteado por Telecom en liquidación. Para dar cumplimiento al fallo de tutela, la CRT expidió la Resolución 816 de 18 de septiembre de 2003, absteniéndose de decidir el conflicto planteado. La acción de tutela a la que se ha hecho referencia, no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional.
- De manera paralela, Telecom celebró un contrato de la misma índole del relatado anteriormente con la ETB, presentándose los mismos hechos, haciendo que materialmente la situación fuera idéntica al pleito entre Colombiana de Telecomunicaciones y EEPPM; en donde también se pidió intervención de la CRT y donde, igualmente, se interpuso acción de tutela por violación al debido proceso.

- El 29 de mayo de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, declaró improcedente la acción de tutela, fallo que fue revocado por el Consejo de Estado mediante providencia de 24 de julio del mismo año, concediendo el amparo constitucional solicitado y ordenando a la CRT abstenerse de decidir el conflicto que se le había planteado. Para dar cumplimiento al fallo, la CRT profirió la Resolución 817 de 18 de septiembre de 2003. La acción de tutela fue seleccionada para revisión por esta Corporación, y mediante sentencia T-178 de 2004 revocó la proferida por el Consejo de Estado, argumentando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.
- Con fundamento en la sentencia proferida por este Tribunal Constitucional, la Empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, solicitó a la CRT que declarara la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 817 de 2003, mediante la cual se abstuvo de decidir el conflicto planteado, y que en consecuencia reanudara la actuación administrativa de solución del mismo entre Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y ETB. Siendo ello así, la CRT expidió la Resolución 1017 de 2004 en la cual se ordenó reanudar la actuación administrativa aludida.
- Apelando al derecho constitucional a la igualdad y del reconocimiento del precedente judicial, con fundamento en el fallo de tutela T-178 de 2004, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP le solicitó a la CRT que declarara la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 816 de 2003, por medio de la cual decidió abstenerse de continuar

con la actuación administrativa de solución del conflicto surgido entre Colombia Telecomunicaciones y EEPPM, solicitud que fue resuelta en forma negativa, bajo el argumento de que en la sentencia de tutela citada no se había hecho referencia al fallo del Consejo de Estado que declaró procedente la tutela interpuesta por EEPPM.

En esta sentencia, la Corte hace un análisis de la procedencia de la acción de tutela acerca del hecho de si la tutela se impugna o no sobre un tema que constituía cosa juzgada; y los efectos que las sentencias que en revisión profiere la Corte, a fin de determinar si ante casos idénticos debe darse el mismo tratamiento jurídico con miras a garantizar el derecho a la igualdad.

En Cuanto a si se busca un nuevo pronunciamiento sobre un hecho ya resuelto, la Corte repite los fundamentos fácticos de la demanda, y al final asegura: *“sin dificultad se observa que con la presente acción de tutela interpuesta por la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones S.A ESP contra la CRT, no se busca obtener un nuevo pronunciamiento sobre lo decidido en su oportunidad en la acción de tutela (...)”*

El hecho de que la Corte haga una afirmación de esta índole mencionando solamente los fundamentos fácticos y sin realizar la respectiva explicación del por qué de su consideración, constituye una violación al principio de racionalidad; sobre todo al criterio de Saturación, que exige que todo argumento debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan. También la racionalidad exige que lo dicho por la Corte debe ser entendido tanto por las partes del proceso como por la comunidad política y jurídica; sin la pertinente argumentación de la postura

que adopta la Corte ésta puede convertirse en una labor complicada.

El hecho de que la Corte no haya utilizado un test pertinente al caso, como aquí lo es el test de igualdad, constituye también una violación al principio de racionalidad; en la medida en que hay ausencia de coherencia argumentativa, pues en casos anteriores la Corte ha señalado la necesidad de utilizar el test de igualdad en aquellos casos en donde haya un conflicto o una posible violación al derecho que este test protege; y éste es un caso en donde evidentemente hay un conflicto de igualdad, de hecho, es el núcleo central del conflicto.

Hay violación al principio de racionalidad en el hecho de que la Corte no haya tenido en cuenta todas las consideraciones de las partes y de los jueces de instancia, pues no cumple con el criterio de saturación al no tener en cuenta todas las premisas pertinentes al caso, y centrarse sólo en aquello que la Corte considera pertinente, dejando de lado situaciones que podrían llegar a ser de trascendencia en el caso; y aunque así no lo fuera la Corte debe inexorablemente tener en cuenta todas las premisas presentadas anteriormente a que el caso llegara a su conocimiento.

Existe de igual manera una incongruencia que viene de atrás, en la interpretación extensiva que la Corte da al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Dicho artículo señala que las decisiones adoptadas en sede de revisión por la corte constitucional solamente surten efectos en el caso concreto, es decir, solo tienen efectos *inter partes*. Pero la Corte ha decidido no dar una interpretación excesivamente literal, y ha dicho que en algunos casos las sentencias de tutela no tendrán exclusivamente

efectos inter partes sino que pueden ser vinculantes en otros casos.

Al comienzo de esta investigación señalamos que la interpretación no puede ser usada como escudo para que el intérprete dé una solución interpretativa de forma discrecional y arbitraria, entre este principio hermenéutico incluimos el hecho de que NO se puede dar una interpretación totalmente contraria a lo que manda el texto; que es lo que precisamente sucede en este caso, evidenciando un desconocimiento de la doctrina hermenéutica general.

Otra violación al principio de racionalidad es evidenciada en la inobservancia a las reglas de la lógica deductiva: en el análisis hecho por la Corte hace falta la premisa de “seguridad jurídica” al estudiar si se concede o se niega la protección del amparo constitucional, pues solo se tuvo en cuenta esa premisa sin analizar si se viola o no la seguridad jurídica de la parte a quien se le modificó su situación con la revisión. El análisis lógico de premisas se presenta así: la interpretación dada por la Corte Constitucional del artículo 36 Decreto 2591/91 desvirtúa la vinculación exclusivamente inter partes de las sentencias de revisión; por lo tanto mediante la posibilidad de usarla en otros casos fácticamente iguales se concede la protección del derecho. Como vemos al plantearlo de esa manera se hace notoria la falta en la inclusión de premisas, pues no se incluyó la seguridad jurídica de la parte contendiente; existe un salto argumentativo el cual hace que aunque todas las premisas sean verdaderas, incluida la conclusión, esta conclusión resulte imperfecta, lo que genera una sensación de desconfianza hacia los pronunciamientos del alto tribunal.

Éste es solo un ejemplo de muchos que podrían surgir al hacer un análisis racional de las sentencias del Tribunal Constitucional; sin embargo, por ser la racionalidad un concepto tan abstracto es de difícil aplicación y sobre todo de difícil exigibilidad de observancia por parte de la comunidad jurídica hacia la Corte Constitucional.

### **RACIONALIDAD APLICADA AL PRECEDENTE**

Ahora bien, el hecho de tener o no racionalidad nos arroja diferentes consecuencias. Una consecuencia clara pero sin implicaciones jurídicas, es que si el discurso no es racional éste no es legítimo, no tiene seguridad jurídica, es incierto; que si bien son afirmaciones válidas no trascienden el ámbito del juicio personal, lo que hace de la racionalidad un criterio subjetivo pues lo que para una persona es racional para otra puede que no.

Pero por otra parte, hay una consecuencia jurídica de la racionalidad y es que, aunque sea discutido, en nuestro sistema jurídico se reconoce la existencia y la importancia del precedente, y respecto a la posibilidad de apartarse del mismo, la Corte Constitucional ha señalado que el juez solo puede desconocer un precedente cuando éste sea irrazonable. Pero no queremos decir que no hay razón; razón hay pues no es un demente quien lo escribe; lo que queremos demostrar que tal vez no cumple con el discurso válido. Entonces, lo que observamos es que los criterios de racionalidad terminan teniendo un impacto jurídico respecto de la posibilidad de apartarse o no del precedente; porque la sentencia posterior que se aparte del precedente debe ser más

racional, y solo puede ser más o menos racional cuando se cumplen o no los criterios mencionados. Así, para crear un precedente jurisprudencial se deben contar con todos los argumentos pertinentes a la *ratio decidendi*, sin embargo, como al juez se le es permitido apartarse del precedente siempre y cuando su argumentación para hacerlo sea adecuada, esa argumentación que desconoce el precedente jurisprudencial debe agotar satisfactoriamente los criterios de racionalidad, pues de lo contrario hay lugar a aseverar indiscutiblemente que la decisión es arbitraria y contraria al derecho.

El problema con la falta de racionalidad es que mientras más se demuestre que las decisiones de la Corte no están siendo fundamentadas racionalmente, más se han de deslegitimar las actuaciones de la Corte Constitucional; pues, si ésta no es exigencia, no existirá una verdadera seguridad jurídica. Puede ser difícil justificar a la racionalidad como parte del sistema de derecho y por ende justificar su exigibilidad hacia los jueces por aquello mandado en el artículo 230 de la Constitución, que indica que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley (sistema jurídico en general); sin embargo, teniendo en cuenta la importancia manifestada en el presente trabajo de este criterio, la racionalidad debe desarrollarse como un concepto metajurídico obligatorio en forma de un *test de racionalidad* que se utilice siempre en las decisiones del tribunal constitucional, a fin de reafirmar su legitimidad y perfeccionar el sistema de Derecho.

Es importante precisar que en el trascurso de esta investigación no se han encontrado antecedentes de aplicación del criterio de racionalidad en ningún Tribunal

Constitucional del mundo; éste solo se ha desarrollado como concepto en procura de una adecuada argumentación y como teoría de algunos escritos jurídicos, pero no ha tenido una aplicación real.

Ya que comienza a vislumbrarse la necesidad de implementar la racionalidad como exigencia hermenéutica, el futuro de la doctrina Constitucional es, entonces, que la racionalidad se convertirá en una regla necesaria y directamente observable en todos los casos por parte de la Corte Constitucional; que la doctrina de la racionalidad se desarrollará ampliamente y así, con los demás criterios hermenéuticos como la teoría de los principios, el valor vinculante de la jurisprudencia y la argumentación se integrarán con miras a la corrección de las decisiones de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, para no dejar cabida alguna al sentimiento de inseguridad jurídica respecto de los pronunciamientos del alto tribunal.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. (2008) *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción de Carlos Bernal, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

ATIENZA, Manuel. (1997). *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

BERNAL, Carlos. (2005) *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993), Octubre, Sentencia C-530/93 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional (1993), Agosto, Sentencia C-836/01 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional (1996), Octubre, Sentencia C-511/96 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional (1997), Octubre, Sentencia T-523/97, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional (1998), Diciembre, Sentencia T-796/98, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

Colombia, Corte Constitucional (2001), Enero, Sentencia C-093/01, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional (2001), Agosto, Sentencia C-836/01 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional (2004), Marzo, Sentencia C-530/93 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional (2004), Julio, Sentencia T-642/04, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

Colombia, Corte Constitucional (2004) Septiembre, Sentencia T-411/94, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia, Corte Constitucional (2005), Marzo, Sentencia C-113/93 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional (2005), Mayo, Sentencia T-486/05 Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional (2007), Marzo, Sentencia C-049/07 Magistrado Ponente: Dr.

FETERIS, Evelyn. (2007). *Fundamentos de la Argumentación Jurídica* “Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

GIMENO, María C. (2001) *Interpretación y Derecho*. Serie de teoría Jurídica y filosofía del Derecho N° 21. Universidad Externado de Colombia.

HOHFELD W. N. (2001). *conceptos jurídicos fundamentales*, 5a. Ed. Biblioteca de ética,

filosofía del derecho y política dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México).

LÓPEZ, Diego. (2002) *Manual de Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

SCHREIBER, Rupert. (1999). *Lógica del Derecho*, Biblioteca de Ética, Filosofía y Política, Ediciones Fontanarama, México D.F.

TERRY, Milton. (1985) *Hermenéutica*, Barcelona, España; Editorial CLIE.



# Contenido

Pág.

Pág.

EDITORIAL	13	La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
PRESENTACIÓN	15	<i>Adriana Astrid Sierra Pinilla</i>	
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17	La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19	<i>Ángela Mercedes Cárdenas Amaya</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>		La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37	<i>Martha Angélica Salinas</i>	
<i>Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón</i>		La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
<i>Lizzete Andrea Sánchez Bernal</i>		<i>Ángela Marcela Robayo Gil</i>	
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59	Prohibición del Tabaco, sentencia C-639 de 2010, Proporcionalidad y Ponderación	225
<i>Lina Marcela Martínez Sarmiento</i>		<i>Fernando Tovar Uricoechea</i>	
<i>María Antonia Perilla Cárdenas</i>		SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.	243
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos	75	La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
<i>Diego Alejandro López Laiton</i>		<i>Sara Lorena Alba Palacios</i>	
<i>Mario Alfonso Villate Barrera</i>		El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89	<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>	
<i>Nubia Lorena Daza López</i>		El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105	<i>Elizabeth Vargas Salcedo</i>	
El "espíritu" del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107	<i>Genny Paola Espítia Raba</i>	
<i>Nonny Carolina Benavides Martín</i>		Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>		<i>Martha Liliana Hurtado Pedraza</i>	
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119		
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>			
Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129		
<i>Edison Fernando Vargas Nieto</i>			
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia análisis del proyecto de ley 110 del senado	147		
<i>Luis Ricardo Carreño Garzón</i>			



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T O M Á S

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja