

Estructura de la Sentencia Judicial

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Estructura de la Sentencia Judicial

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Profesor de la Universidad Nacional de Colombia

Magistrado de la Sala de Casación Civil,

Corte Suprema de Justicia

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN 958-97329-1-7

© ESGARDO VILLAMIL PORTILLA, 2008
© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7.
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: 2004

Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares.

Diseño de Carátula: Stephan Acuña Aguirre

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	23
Convenciones	25
Cuestionarios preliminares	27
Cuestionario de apertura	27
Problema	31
 UNIDAD 1	
Fundamentación de la decisión judicial	33
Breve historia del deber de motivar las decisiones judiciales	33
El deber de motivar las sentencias en Colombia	36
Razones del deber de motivar las decisiones judiciales	38
Justificar y motivar	40
Motivación en función de la impugnación	42
La lógica deductiva y la argumentación	46
La vaguedad del lenguaje y sus efectos sobre la lógica formal	47
Conflicto de normas y lógica formal	48
Lagunas	48
La argumentación judicial	49
Problema	51
 UNIDAD 2	
Destinatarios de la sentencia	55
¿Para quién se escribe la sentencia?	55
Discusión pública de las sentencias judiciales	56
Ideas comunes a la noción de auditorio	61
Argumentación en función de demostrar la sujeción a la ley	62
Motivación interna y externa, motivación de la decisión	64
Mimesis judicial	67
Motivación interna o motivación en la decisión	69

Justificación como aceptabilidad de las premisas	70
¿Y la seguridad jurídica?	71
Independencia, imparcialidad y motivación: carga de demostrar la imparcialidad	73
Argumentación superflua	74

UNIDAD 3

Interpretación y argumentación	93
Los contextos de descubrimiento de justificación	94
Interpretar y argumentar	94
Conclusión	100

10

UNIDAD 4

Características de un modelo teórico de la estructura de la sentencia judicial	103
El derecho en sede judicial	103
Premisas del Modelo	104
Segmentos de la decisión o decisiones parciales	107
Estructura de cada elemento o fragmento de “la decisión”	107
Decisiones parciales de selección normativa	110
Lagunas artificiales	111
Los hechos y la selección del marco normativo	113
<i>Iura Novit Curia</i>	116
<i>Da mihi factum dado tibi ius</i>	116
Decisiones de validez	117
Validez Sistémica	117
Validez factual	124
Validez axiológica	124
Decisiones instrumentales	124
Criterios o reglas de interpretación y la construcción del referente normativo	125
Interpretación teleológica o funcional	131
Incidencia de algunas teorías de la interpretación en la construcción de la sentencia	132
Elección de consecuencias	133

Determinación de los hechos y decisiones de prueba	135
La decisión judicial final	135
Ideología de la aplicación judicial	137
Síntesis del modelo de decisión	139
UNIDAD 5	161
Variedades de la sentencia	161
Objetivos	161
En atención a las materias	161
Sentencia en sede constitucional	161
Sentencia en sede de control abstracto de constitucionalidad	163
Sentencia en sede de casación	164
Recensión jurisprudencial sobre el deber de motivar las sentencias	165
Sentencia de 4 de julio de 2001	167
Sentencia de 19 de julio de 2001	168
Sentencia de 31 de agosto de 2001	169
Sentencia de 31 de agosto de 2001	170
Sentencia de 28 de septiembre de 2001	171
Sentencia de 28 de septiembre de 2001	171
Sentencias de primera y segunda instancia	171
Sentencia de los jueces colegiados	174
Sobre los <i>obiter dicta</i> y la <i>ratio decidendi</i>	177
Aclaración de voto	180
Salvamento de voto	180
Decisiones colegiadas de máxima disidencia	182
Ejercicio 1	183
Ejercicio 2	186
Ejercicio 3	186
Ejercicio 4	190
UNIDAD 6	193
Estructura de la sentencia	193
Juzgado o tribunal	194
I. Descripción del proceso	194

II. Las partes	194
III. Objeto del pronunciamiento	195
IV. Antecedentes	196
Resuma, comprima y suprima	196
Primera instancia	197
V. Pretensiones	197
Controlar	198
VI. Alegatos de las partes	198
VII. Consideraciones	199
Hechos probados	199
Secuencia de los hechos de la descripción a la decisión	199
Clasifique o ... Clasifique	200
Ejemplos	200
Esfuerzo de síntesis	201
VIII. Problemas probatorios	202
Matriz de control	203
Qué es una matriz	203
IX. El problema jurídico principal	204
Temas y problemas no son lo mismo	204
Titule, rotule	207
X. Problemas jurídicos asociados	209
XI. La pregunta	209
XII. La conclusión	210
Ejemplo	210
XIII. Decisión	211
Ejercicio de matrices	212
Antecedentes	214
Consideraciones	224
Antecedentes	233
Consideraciones	235
Resuelve	237
Anexos Jurisprudenciales	239
Penal	239
Constitucional	244
Bibliografía General	247

Presentación

Institucionalmente es muy significativo dejar a consideración de la comunidad de jueces y magistrados el módulo sobre Estructura y redacción de la sentencia judicial, de que es autor Edgardo Villamil Portilla, profesor de la Universidad Nacional y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quien para arribar a este resultado transitó por una serie intensa de actividades colectivas con jueces y magistrados, todas ellas lideradas por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

El eje central del trabajo pasa por el meridiano de examinar intensamente el deber constitucional de fundamentar las decisiones judiciales, fuente de legitimidad democrática de la función judicial e instrumento de control de la discrecionalidad judicial en ocasiones inevitable. A lo anterior se añade una suma de contenidos tendientes a sembrar de alertas el camino de la decisión para destacar que ella no es resultado de una actividad inescrutable, sino que es posible y necesaria la reconstrucción aproximada de su génesis.

13

Los análisis a que se invita con la lectura del texto apenas son el punto de partida de investigaciones que deberán ser apropiadas por la comunidad de jueces y magistrados, siempre en el afán de crear un ambiente de diálogo y creación de inquietudes, de permitir que fluyan en ella significados y contenidos, para la construcción y reconstrucción permanente de un escenario propicio para la formación colectiva de conocimiento.

El módulo constituye una interpelación a jueces y magistrados para atender críticamente las evaluaciones, reflexiones y ejercicios que pretenden suscitar el debate en grupos locales que alimenten internamente la estrategia de la doble vía propia de la autoformación como un desafío personal. La consulta de la bibliografía sugerida resulta imperiosa para incrementar las posibilidades de comprensión y expansión de los conocimientos que se condensan en el módulo.

Las reflexiones, comentarios y sugerencias emergentes de las discusiones colectivas, deberán ser llevadas a los debates amplios que sobre este trabajo habrán de realizarse, los cuales serán orientados por un facilitador. Para estos insinuamos elaborar un documento

de estudio, en el que incluya sus anotaciones, ejercicios y reflexiones.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

14

Es participativo, más de mil Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es integral en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es sistémico porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se basa en el respeto a la dignidad humana. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del res-

peto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo se orienta al mejoramiento del servicio pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

15

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un aprendizaje activo diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compar-

tir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

16 Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de aprendizaje social como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

17

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de núcleos temáticos y problemáticos, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad,

en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

18 Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 350 Magistrados, Magistradas, Juezas, Jueces, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapas I. Reunión inicial. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapas II. Estudio y Análisis Individual. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Etapa III. Investigación en Subgrupo. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapa IV. Mesa de estudios o Conversatorio. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapa V. Pasantías. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas, Jueces y Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapa VI. Aplicación a la práctica judicial. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapa VII. Experiencias compartidas. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y ha-

bilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapas VIII. Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapas IX. Seguimiento y evaluación. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

20

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial General. A través de

cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan general:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada modulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Programa de Formación Judicial General, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96 piso 6 y 7 de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial General.

Introducción

El trilema rigor, amenidad y trivialidad no pudo ser resuelto definitivamente, de modo que el lector deberá ser indulgente para con todo exceso teórico que pueda hallar en este trabajo, que debiera ser eminentemente práctico.

En el presente módulo el lector encontrará el intento de hacer una descripción minuciosa de la actividad sentenciadora, que busca descifrar paso a paso las posibles claves de la sentencia judicial. La idea central que acompaña este esfuerzo es demostrar que la decisión judicial debe ser analizada hasta en sus más recónditas fisuras, pues con este análisis se debe generar una aproximación al conocimiento de cómo opera el proceso de decisión. La posibilidad de deliberar sobre procesos muchas veces intuitivos, reconocer sus intersticios y ponerlos en evidencia, tiene la utilidad de permitir un mayor control sobre el proceso intelectual que precede y conduce a la decisión.

23

Y es que cuanto más caliginoso sea el proceso decisorio, menor la posibilidad de control y mayor el margen de arbitrio, e incluso, de arbitrariedad. Por eso, señalar las líneas generales que componen el proceso que lleva a la decisión permite hacer de ello una acción cada vez más consciente y, por supuesto, más transparente y más expuesta al escrutinio de la comunidad.

Adicionalmente, se demuestra en el trabajo que decidir es un proceso y, por lo tanto, que no es correcto hacer referencia estricta a la decisión judicial, por cuanto la evidencia muestra que la resolución final es una sumatoria de decisiones preparatorias; a lo largo del texto se les llamarán decisiones preparatorias, fraccionales, fragmentos de decisión o decisiones instrumentales, para señalar que ellas solo son tributarias de la decisión final.

Igualmente, está presente la idea de que el proceso es un método de conocimiento, y que no se conoce neutralmente; por el contrario, se conoce intencionalmente, en función de una hipótesis, y la formulación de esa hipótesis trae promesas y peligros que han de ser

conjurados por la indagación severa sobre el método o camino que acompaña la exploración que precede a la decisión judicial.

Además, se intenta transmitir la idea de que el tránsito hacia la decisión no debe ser algo clandestino u oculto bajo un lenguaje no pocas veces inextricable que, probablemente, encubre un exceso de arbitrio. Se trata de algo así como que el trabajo judicial es observable y observado y, por lo tanto, es controlable por los diversos auditorios concernidos con la decisión judicial.

Probablemente el resultado establezca la penumbrosa dicotomía entre decidir o narrar el proceso que lleva a la decisión; cosas diferentes, tránsito entre umbrales en el que se produce una pérdida de fidelidad. La sentencia, como documento-testimonio del juez sobre el itinerario de la decisión, es apenas un vestigio modesto para reconstruir el proceso decisorio. Si se logran identificar algunas exigencias generales mínimas del proceso que precede a la decisión y su reconstrucción en el texto de la sentencia, posiblemente el autocontrol será mayor, y mejor el acceso de los observadores externos, lo que generará un incremento de la transparencia esperada en el proceso argumentativo. La organización de la sentencia, como documento o informe del designio que acompaña a la decisión, y la conciencia del proceso de adopción del fallo, podrán ser la modesta contribución de este esfuerzo colectivo resultante de la decidida participación de los jueces y magistrados que en intensos seminarios soportaron estos balbuceos teóricos; quienes, por cierto, no son responsables de los desatinos que pueda presentar el trabajo, pero sí seguramente de algunos de sus aciertos.

CONVENCIONES


P	Propósito
O	Objetivo general
O	Objetivos específicos
C	Cuestionario
t	Taller
r	Recordar
e	Ejercicio

CUESTIONARIOS PRELIMINARES

CUESTIONARIO DE APERTURA

Este cuestionario tiene como finalidad confrontar al juez con la importancia de averiguar hasta dónde ha sido consciente de los complejos laberintos que preceden a la decisión final. Se trata de un cuestionario de acceso a la información posterior; es de apertura porque busca interesar a los destinatarios antes de abordar algún análisis teórico. La importancia de responder el cuestionario reside en convencer al lector de la necesidad de avanzar en el estudio del documento.

Se sugiere fotocopiar el cuestionario para que una vez absuelto se haga el intercambio anónimo entre los participantes.

	<ol style="list-style-type: none">1. Considera que adquirir nuevas experiencias sobre la forma de dictar sentencias es<ol style="list-style-type: none">a) Poco importanteb) Importantec) Muy importante2. Cree usted que socializar sus experiencias sobre la construcción de sentencias y compartirlas con el grupo es<ol style="list-style-type: none">a) Importanteb) Necesarioc) Imposible¿Por qué? _____3. Cree usted que el conocimiento que tiene sobre la construcción de sentencias es<ol style="list-style-type: none">a) Suficienteb) Insuficientec) Mejorable4. Considera que adelantar programas de capacitación sobre la estructura de la sentencia es<ol style="list-style-type: none">a) Muy importanteb) Poco importantec) No es importante5. Cree usted que, en general, las sentencias que se dictan en Colombia son bien estructuradas:
---	--

C

28

- a) Siempre
- b) Casi siempre
- c) Pocas veces
- 6. Cree usted que construir una sentencia es generalmente un acto
 - a) Simple
 - b) Complejo
 - c) Muy complejo
- 7. Reflexiona usted sobre la metodología que emplea para la elaboración de la sentencia:
 - a) Siempre
 - b) Casi siempre
 - c) Pocas veces
 - d) Nunca
- 8. Considera usted que las sentencias de los jueces colombianos son estructuralmente homogéneas:
 - a) Sí
 - b) No
- 9. Tiene usted un modelo personal de construcción de sentencias:
 - a) Sí
 - b) No
- 10. Cree usted que su modelo de construcción de sentencias es notoriamente identificable entre otros:
 - a) Sí
 - b) No
- 11. Qué rasgos de su modelo de construcción de sentencias considera que lo distinguen de los demás:
 - a) La estructura
 - b) El estilo
 - c) El manejo del lenguaje
 - d) El manejo de la sintaxis
 - e) El manejo de la prueba
 - f) Otro

¿Cuál? _____

12. Describa brevemente cuáles son los elementos de su modelo de construcción de senten-

C

cias que estaría dispuesto a socializar en esta experiencia académica en 5 renglones)

13. Cree usted que los elementos de su modelo de sentencia son originales.

- a) Probablemente
- b) Seguramente
- c) Poco probable

14. En su formación de pregrado adquirió conocimientos y destrezas sobre la forma de construir sentencias judiciales:

- a) Sí
- b) No

15. En sus estudios de posgrado recibió cursos especiales sobre la estructura de las sentencias judiciales:

- a) Sí
- b) No

16. Cree usted que sus compañeros jueces y magistrados recibieron formación de pregrado o posgrado sobre la forma de construcción de las sentencias judiciales:

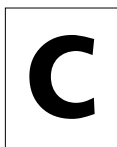
- a) Sí
- b) No

17. Tiene usted claramente definido un modelo de decisión judicial que aplica sistemática y consistentemente:

- a) Sí
- b) No

18. Considera usted que la adquisición de ese modelo de sentencia ocurrió:

- a) En la academia
- b) Esfuerzo personal específicamente tendiente a lograrlo
- c) Esfuerzo no propuesto específicamente
- d) Empíricamente
- e) Ensayo y error



19. Usted juzga su modelo de construcción de sentencias como
 - a) Exclusivo consciente
 - b) Intuitivo consciente
 - c) Inercial inconsciente
 - d) Imitativo inconsciente
20. Considera usted que los demás jueces siguen conscientemente un modelo decisional:
 - a) Sí
 - b) No
21. Cómo cree usted que se ha logrado la uniformidad en el modelo decisional del juez colombiano:
 - a) Por imitación de la sentencia de casación
 - b) Desde la academia
 - c) Intuitivamente
1. En la elaboración de la sentencia califique de uno (1) a cinco (5) el grado de dificultad que presenten los siguientes elementos:
 - a) Los hechos ()
 - b) Las pruebas ()
 - c) La argumentación ()
 - d) La interpretación ()
 - e) La selección de las normas ()
2. Para la decisión judicial, el conocimiento sobre los hechos de un proceso es
 - a) Necesario
 - b) Suficiente
 - c) Necesario y suficiente
 - d) Necesario pero no suficiente
3. Cree usted que uno de los objetivos internos del proceso es lograr que el juez se apropie de conocimientos ajenos:
 - a) Sí
 - b) No

<div data-bbox="246 211 361 356" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 80px; margin: 0 auto;"> C </div>	<p>4. Es el perito un intermediario entre el juez y un conocimiento extraño:</p> <p>a) Sí</p> <p>b) No</p> <p>5. Pretende el juez apropiarse del conocimiento del testigo sobre unos hechos:</p> <p>a) Siempre</p> <p>b) Casi siempre</p> <p>c) Pocas veces</p> <p>d) Nunca</p> <p>6. Cuando el juez examina un documento se comunica y extrae conocimiento de sus autores:</p> <p>a) Sí</p> <p>b) No</p> <p>7. El juez, a partir de las pruebas, asume que los hechos ocurrieron de determinada manera; usted estaría de acuerdo con reconocer que en este momento</p> <p>a) Los hechos se revelaron en toda su magnitud</p> <p>b) El juez conoció lo que se proponía conocer de antemano</p> <p>c) El juez obtuvo la convicción necesaria</p> <p>d) El juez descubrió los hechos</p> <p>e) El juez concibió una teoría sobre los hechos, los cuales solo existen como representación</p> <p>f) El juez decidió racionalmente estar convencido sobre una teoría acerca de los hechos</p> <p>g) El juez decidió entre hipótesis fácticas que compiten entre sí</p> <p>h) Todas las anteriores</p> <p>i) Ninguna de las anteriores</p>
--	---

Problema

El acusado Martín Martínez llegó en el vuelo 602 a Cartagena a las 12:30; el acusado Gonzalo González partió en el mismo avión, en vuelo de regreso, a las 12:50 del día 8 de agosto de 2002. Hernán Hernández y Rodrigo Rodríguez estaban en la misma casa, pero aislados y sin comunicación ni control de la hora. Rodrigo Rodríguez

fue muerto allí el 8 de agosto de 2002. Hernán Hernández informó a las dos de la tarde del mismo día: “Escuché gritos e insultos contra Rodrigo Rodríguez; sonaron cuatro disparos. Enseguida, el golpe de la campana solitaria de la iglesia y el habitual ruido ensordecedor de los aviones que despegan del aeropuerto vecino. Al rato sonó un segundo golpe de la campana”. Se probó que el reloj de la iglesia, equidistante cinco minutos del aeropuerto y de la casa, es una grabación que reproduce una campanada por cada número de horas pasadas y otra cada media hora. No hay más pruebas ni participaron otras personas. Los procesados Martín Martínez y Gonzalo González niegan haber matado a Rodrigo Rodríguez.

Se debe resolver con relación al delito de homicidio:

32

1. Quién es el homicida.
- 2.- Si pueden ser condenados ambos.
3. Si deben ser absueltos ambos.

Se seleccionarán grupos de tres participantes que deben redactar, en el menor número de palabras posible, las consideraciones de la sentencia de primera instancia. Luego se cotejarán los resultados de cada grupo para ver el poder de síntesis y de comunicación.

UNIDAD

1

Fundamentación de la decisión judicial

O

OBJETIVOS: Con esta unidad, pretendemos que el lector reconozca que el deber de motivar las decisiones es un mandato constitucional que tiene connotaciones políticas en el sentido de la expresión. Igualmente, busca demostrar que la imposición constitucional, como parte del debido proceso, de dar las razones que llevan a la decisión y al compromiso con su sentido, no siempre ha sido como se presenta en los actuales sistemas jurídicos, sino que ha venido cambiando según las diversas concepciones sobre la función del Derecho y del Estado. Además, examinaremos la motivación en función del control de los recursos, destacando la importancia de tal exigencia.

C

Cuestionario. Antes de abordar el estudio de esta unidad, los participantes deben responder, de manera anónima y en hojas separadas, el cuestionario de apertura e intercambiar sus resultados.

BREVE HISTORIA DEL DEBER DE MOTIVAR LAS DECISIONES JUDICIALES

La motivación de las decisiones judiciales, como es asumida por la doctrina actual, está ampliamente influenciada por el cambio de mentalidad gestado en la época de la Revolución Francesa de 1789: la exaltación del valor de la ley como producto de la voluntad sobe-

rana del pueblo y la necesidad de que los jueces (hasta ese momento fieles servidores del rey) se ajustaran en sus decisiones a los dictados legales, generó un cambio de paradigma y, con él, la excesiva confianza en el asambleísmo jacobinista. Pero esta explicación, pese a ser cierta, no da cuenta de toda la evolución anterior ni justifica la variada y compleja historia que acompaña la motivación de las decisiones judiciales hasta nuestros días.

34 Para comprender de forma más completa el proceso histórico de la motivación, debemos analizar el antes y el después del siglo XVIII. En concreto, se pueden diferenciar tres grandes fases o períodos históricos de la motivación: una primera fase la podemos situar en la Roma clásica de la Edad Antigua hasta el inicio de la Edad Media, cuando las decisiones judiciales no requerían ser razonadas o justificadas expresamente, pues su fundamento y valor venía respaldado por el prestigio social y la autoridad del órgano decisor, así como por su vinculación a un alto estamento: el sacerdotal. La conexión directa con Dios, o hablar en su nombre, hacía la infalibilidad una cuestión cotidiana.

A lo largo de la Edad Media, en distintos países y ámbitos jurídicos, surgen manifestaciones a favor de la motivación; reclamo promovido, en gran medida, por el creciente papel que van adquiriendo los jueces como factores de expresión del poder y creadores del derecho. En paralelo convive una tendencia, predominante en la época, de no motivación, debido a que los jueces son meros representantes o servidores del rey o del príncipe, cuyas decisiones, como es lógico en ese esquema de poder, no habría por qué justificarlas. A partir del siglo XVIII (desde la Revolución Francesa), cuando el deber de motivar las decisiones judiciales va tomando cuerpo en la mayoría de las legislaciones europeas; sin embargo, es preciso destacar que existen grandes diferencias entre los países y entre las distintas ramas jurídicas. Este segundo período es el de mayor complejidad porque se inicia la auténtica evolución de la noción de motivación para llegar a su estado actual.

Desde 1790, cuando se instaura en Francia la obligación de motivar, hasta nuestros días, es posible hallar una periodización. Seguimos en ello a Chaid Perelman, en tres fases, atendiendo al distinto

papel que se le asigna a la función judicial: el período de la escuela de la exégesis, que termina alrededor de 1880; el de la escuela funcional y sociológica, que llega hasta 1945; y el período influido por el proceso de Nuremberg, que se caracteriza por una concepción tópica del razonamiento judicial.

Nos atreveríamos a introducir un cuarto período, el actual, dominado por las corrientes discursivas y racionales que pretenden conciliar la legalidad y la racionalidad.

En cuanto a la evolución del deber de motivar en el derecho español, podemos adelantar que no existe acuerdo en la doctrina sobre el fundamento de la motivación y su valor histórico. Así, Menéndez Pidal entiende que “la motivación de las resoluciones judiciales deviene como consecuencia necesaria de la existencia de jueces técnicos” capaces de destilar una argumentación que dé cuenta de los fundamentos de la decisión. Sostiene Menéndez Pidal a propósito del Derecho español que “nuestro derecho histórico es rico en preceptos sobre la motivación de las sentencias y resoluciones judiciales”. Sin embargo, autores como el profesor Ortells Ramos entienden que el condicionamiento del deber de motivar se produce en un doble sentido: determinando el mantenimiento, hasta tiempos tardíos, de la prohibición de motivar y, casi simultáneamente (apenas hubo cambios sustanciales), dando lugar al establecimiento del deber de motivar. La explicación de esta tensión paradójica entre el deber y la prohibición de motivar nos la aporta F. Tomás y Valiente cuando señala que los reyes que querían proteger su derecho, frente a la excesiva aplicación curial del derecho romano, debían obligar a sus jueces a fundamentar expresamente en leyes reales sus sentencias; situación que pudo justificar en algún momento la imposición del deber de motivar. Pero esas mismas consideraciones operaron un proceso en sentido contrario con la transformación ideológica que supuso el paso del régimen absolutista al liberal, entrando en colisión con un derecho (antiguo) fundado en postulados distintos. Ortells Ramos deriva que el deber de motivar las decisiones judiciales se estableció en España casi simultáneamente con la creación de un nuevo derecho.

En España se generalizó el deber de motivar las sentencias en el siglo XIX, lo que obedece a distintas razones, unas de carácter político porque un régimen liberal tiende a que los actos de los órganos del Estado no sean una cruda imposición, sino un mandato justificado y razonado. Pero mucho más decisiva es la razón de intentar, por medio de la motivación, dar un testimonio público de la aplicación del derecho vigente, sobre todo por ser un derecho de nueva implantación que supone, en cierta medida, una ruptura con el orden jurídico anterior. También se hallan razones de carácter técnico-jurídico, como el hacer viables las impugnaciones ante los superiores, en especial para el recurso extraordinario de casación.

36

Hasta aquí hemos seguido fielmente el opúsculo “Sentido y función de la motivación de las decisiones Judiciales”, escrito por Jesús Aquilino Fernández Suárez para la Universidad de Oviedo (ex libris), obra en la que se condensa la historia reciente del deber de motivar las decisiones judiciales para España y que a propósito de Colombia sirve como punto de referencia.

El deber de motivar las sentencias en Colombia

En Colombia, en el pasado más próximo, hallamos que la anterior Constitución fijaba en el propio canon fundamental, artículo 163, la necesidad de que toda providencia judicial fuera motivada; esta regla se excluyó inexplicablemente de la Carta Política de 1991. Esta norma viene desde la Constitución de 1886, y en la nomenclatura inicial correspondía al artículo 161. La constituyente de 1991 quiso eliminar de la Constitución aquellas normas que podían ser parte de una ley estatutaria, lo cual explica la desaparición del artículo 163 del texto constitucional. Son más bien escasos los estudios específicos sobre el deber de fundamentar las decisiones. El profesor Tulio Enrique Tascón escribía en 1934 a propósito del artículo 161 de la Constitución de 1886: “Esta exigencia obedece a la necesidad de evitar la arbitrariedad de los Jueces: ellos en sus fallos deben exponer las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión, así como la apreciación que hacen de las pruebas aducidas y de los alegatos presentados por las partes. Esto mismo dispone el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, en

donde está bien la disposición, pero no en la Constitución, por ser cuestión reglamentaria”¹. La cita que acaba de hacerse, muestra claramente la importancia menor que se concedía a la motivación de las decisiones judiciales entre los autores emblemáticos del derecho constitucional. Se destaca que en el comentario transcrito se hace la clara separación entre motivación sobre las normas y sobre los hechos, y el deber legal de responder a los alegatos de las partes. En igual sentido, Hernando Devis Echandía refiere lacónicamente que “Cuando se trata de sentencias, debe distinguirse la motivación de los hechos y la del derecho”² y con la misma argumentación. En compensación, la norma desaparecida en la Constitución pasó a ser parte de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, que en el artículo 55 ordena la motivación de las sentencias, todo lo cual se extiende a las demás decisiones judiciales. Dispone la norma citada que “Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: ‘Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley’. La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios”. En cada uno de los códigos esta regulado de modo específico el deber de motivar, en lo general coincide, realmente debiera ser idéntico para todos los procesos. Así, el artículo 170 del C. P. P. establece un decálogo de exigencias que debe llevar la sentencia, aunque no creó consecuencias para la desatención de dicho mandato. Por su parte, el artículo 81 del Código Procesal del Trabajo establece el deber de motivar “oralmente” la sentencia.

37

1 Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional. Editorial Minerva. Bogotá. 1934. Pág. 285.

2 Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso. Edit. Abc. Bogotá. 1979. Pág. 415.

RAZONES DEL DEBER DE MOTIVAR LAS DECISIONES JUDICIALES

38

Un ordenamiento jurídico evolucionado sólo considera admisibles aquellas decisiones fundamentadas en juicios, criterios o parámetros claramente identificables que puedan ser examinados desde una perspectiva externa a la decisión misma. Salvo para Hércules³, la decisión judicial supone la elección entre diversas alternativas; ello implica que es posible construir varias decisiones y que aquella con pretensión de erigirse en la decisión judicial es apenas una dentro de un repertorio de soluciones posibles que emulan por ganar la adhesión del autor —el juez— y de todos quienes por ella sean concernidos. Por supuesto que si sólo existiera una decisión posible, si el juez no tuviera elección entre varias opciones, el trabajo judicial pudiera ser encargado a un ordenador que siguiendo algún algoritmo predeterminado podría llegar a descubrir, no a crear, la única decisión correcta.

Un panorama semejante sólo sería posible reduciendo la vaguedad de los términos a expresiones dicotómicas que fijen un sentido único para las expresiones utilizadas, lo cual resulta impensable habida cuenta de la opacidad del lenguaje y la complejidad de la vida moderna.

La exigencia de motivación supone que el juez muestre cuál es el camino (método) recorrido para arribar a una decisión entre las muchas posibles. Igualmente, la fundamentación facilita un rastreo aproximado sobre cuáles fueron las motivaciones externas, y en lo posible internas, que llevaron al juez a elegir, por eliminación o por grados de aceptabilidad, entre las varias opciones de decisión en competencia.

Además, en ese itinerario del proceso de decisión hay momentos diferentes en que se pueden construir varias alternativas, varios

3 Para referirnos al juez Hércules del profesor Dworkin. A propósito, los accesos de ira de Hércules, que lo llevaron a morder el seno de su madre Era y dar lugar a la vía láctea, o el arrebato de matar a su preceptor de música, ni sus actos de travestido le hacen un buen ejemplo como juez. No obstante, Hércules y la superación de los doce trabajos colosales puede ser una metáfora interesante que refleja el trabajo descomunal que atañe al juez.

tipos de decisión, todo un repertorio, un elenco de decisiones probables. Igualmente, puede acontecer que, en la construcción de ese conjunto de decisiones probables, haya sido destruida la mejor respuesta al problema jurídico o, que al presentar ese elenco de decisiones probables para una situación, el juez involuntariamente haya excluido del conjunto la decisión acertada. Queremos decir que no basta con la pluralidad de opciones decisorias, ni con presentar un repertorio de soluciones en concurrencia abierta, para asegurar anteladamente el acierto; lo ideal sería agotar el inventario de opciones decisorias posibles para un caso y, entre ellas, buscar la jerarquía en función de la razonabilidad y aceptabilidad de las premisas, del arsenal lógico empleado y de la decisión.

Cuando un juez se representa para sí una gama de soluciones posibles y de entre ellas elige una, su trabajo en solitario tiene la pretensión de ser presentado posteriormente a un auditorio. En ese esfuerzo está formulando o identificando cuáles son las salidas razonables para un caso, esto es, cuáles son los desenlaces admisibles y, en esta tarea, está buscando la adhesión de un auditorio (Perelman) para no decidir arbitrariamente. Al construir ese repertorio, el juez está asumiendo que son esas y no otras las soluciones posibles; pero al optar por esa elección, seguramente, puede estar dejando de considerar otras opciones por inadvertencia o porque deliberadamente fueron excluidas en atención a las consecuencias o incomodidades que pudieran ofrecer, lo cual merece reproche y descalificación, pero que puede quedar impune si no se emiten siquiera señales del camino seguido por el juez para arribar a la decisión. Se hace referencia a que las dificultades de motivación, nacidas de la complejidad del asunto o de las limitaciones del argumentador, lo pueden llevar a eliminar consciente decisiones posibles pero de difícil argumentación o que requieren compromiso o desgaste político.

Si el juez delimita un repertorio de soluciones posibles, con ello ya está decidiendo que son esas, y no otras, las alternativas de elección; aquí hay una decisión fragmentaria o un fragmento de decisión, pues excluir voluntariamente o por error una solución, entre varias posibles, es ya un decidir. Aquí se expresa probablemente el primer esbozo de un modelo que refleja los momentos de la deci-

sión judicial. Lo anterior implica que en determinado momento el juez decide cuáles son las soluciones posibles, con lo cual hay un principio de decisión y una probabilidad de error por la eliminación de otras hipótesis igualmente razonables que pudieran entrar en la lista. Posterior se presentará el momento de la decisión judicial cuando el juez elija entre las diversas alternativas a que él mismo ha limitado el campo, probablemente dejando por fuera otras opciones plausibles. Todo este itinerario descriptivo debe quedar reflejado en la decisión, cuya función central es mostrar el recorrido; sólo si ello se hace evidente se podrán ver las fisuras que presenta el proceso que lleva a la decisión.

40 Al volver sobre la exigencia de motivación, no debemos desdeñar que ella tiene como función igualmente importante, no sólo buscar el acierto, sino también intentar demostrar que el juez tiene el genuino propósito de proscribir el arbitrio y excluir la posibilidad de acertar sin comprender o por pura casualidad.

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

JUSTIFICAR Y MOTIVAR

En este momento podríamos hacer una precisión terminológica para entender que la motivación de las sentencias debe entenderse también en el sentido de justificación de las mismas, con el convencimiento de que tal justificación es la garantía de justicia o la garantía de la justicia de una decisión.

Se introduce entonces un matiz muy fuerte a la palabra justificación, entendida no solo como las razones simples de la decisión sino como las razones mismas que encarnan la justicia. Estas exigencias superiores que se esperan de la garantía de justificación se

hacen, probablemente, porque dar motivos tiene un sentido menos fuerte que justificar. En la expresión justificar están implícitas las razones de justicia que llevaron a tomar una decisión y no solo las razones legales o de consecuencias de la decisión, que desde otra perspectiva serían como la explicación simple de la decisión. Por el contrario, podríamos decir que la motivación admite diversos grados de explicación, incluidos los móviles psicológicos, políticos, pragmáticos, aun los de justicia y otros de diversa naturaleza. Recuérdese ahora que Manuel Atienza y Robert Alexy tratan de la separación entre razones explicativas y razones justificatorias⁴. No es extraño entonces que en una sentencia se inserten los buenos propósitos que inspiraron la expedición de una ley, para justificar por qué aplica la ley, no solo porque viene al caso sino porque es justa.

41

Por otro lado, no se descarta que una decisión sea desastrosamente motivada aunque justa, lo cual no pasa de tomarse como un error. Por el contrario, repugna a la razón que una decisión sea adecuadamente justificada pero totalmente injusta en su dispositivo. Todo indicaría que una adecuada y excelente justificación no podría conducir razonablemente a una decisión injusta y, por el contrario, un remedo de fundamentación, una motivación descabellada, no necesariamente lleva a una decisión injusta. Hay situaciones en que el juez llega a una decisión justa por suerte o azar, caso en el cual el dispositivo del fallo estaría fracturado con respecto a la motivación. De lo anterior también se sigue que puede haber un quiebre y una separación entre la parte dispositiva de una sentencia y la parte motiva, en cuyo caso la sentencia recibirá la aprobación del observador en tanto haya acertado en la solución pero errado en la motivación. Es usual que se confirmen sentencias en segunda instancia y en casación pero por motivos ajenos a los expresados por el juzgado o tribunal de origen. Probablemente esto lleva a que, en las votaciones de jueces plurales, algunos den su asentimiento para la decisión, esto es, para la parte dispositiva del fallo, pero que ellos mismos no sean

⁴ Razones justificatorias son aquellas aceptables desde un punto de vista normativo. Razones explicativas están asociadas a la descripción sociológica.

solidarios con las motivaciones adoptadas por la mayoría; esto corresponde a lo que se conoce como voto particular, con aclaración o disidencia de voto, el cual permite a algún componente del tribunal apartarse de las motivaciones, aunque comparta plenamente las conclusiones del fallo.

MOTIVACIÓN EN FUNCIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

42 La exigencia de motivación de las decisiones judiciales, puesta de presente por la Constitución en algunos momentos y en otros por leyes estatutarias, tiene también anclaje en el principio de lealtad procesal; pues para impugnar una decisión es necesario que las partes puedan seguir el rastro argumentativo dejado por el juez, a fin de poder identificar el sustento lógico de sus conclusiones. Difícil resulta a las partes recusar una sentencia inextricable o incoherente, y casi imposible, una carente de motivación. No puede el juez fallar verdad sabida y buena fe guardada; debe existir en la decisión un análisis riguroso de la pretensión, de los hechos y su prueba, de las excepciones, de las alegaciones de las partes y del marco normativo aplicable al caso.

La corroboración de la necesidad de argumentar las decisiones que primitivamente se establece en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se desarrolla en los artículos 170 del nuevo Código de Procedimiento Penal, 304 del código de Procedimiento Civil y 81 del Código Procesal del Trabajo. En el mismo sentido, los artículos 180 y 181 del Código de Procedimiento Penal se ocupan de la necesaria motivación de las sentencias y los autos. El artículo 170 del Nuevo Código de Procedimiento Penal establece que “Toda sentencia contendrá: 1. Un resumen de los hechos investigados. 2. La identidad e individualización del procesado. 3. Un resumen de la acusación y de los alegatos presentados por los sujetos procesales. 4. El análisis de los alegatos y la valoración de las pruebas en que ha de fundarse la decisión. 5. La calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado. 6.- Los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios, en los eventos que proceda.

7. La condena a las penas principal o sustitutiva y accesorias que correspondan o la absolución. 8. La condena en concreto al pago de los perjuicios, si a ello hubiere lugar. 9. Si fueren procedentes, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. 10. Los recursos que procedan contra ella. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: ‘Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley’.

Los recursos realizan el principio de impugnación, en virtud del cual el ciudadano no queda desprotegido ante el poder del juez, sino que puede protestar las decisiones usando los instrumentos procesales creados para ello.

El artículo 3° de la Constitución colombiana establece que la soberanía reside en el pueblo y de ella emanan los poderes públicos, los que se ejercen del modo como la propia Constitución ordena. Igualmente, el artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a participar en el control del poder político. Estas dos reglas constitucionales señalan que es inherente al sistema democrático que todo poder debe tener el control como su correlato necesario. O dicho con otras palabras, todo poder que se ejerce debe tener un control; si no, degenera en arbitrariedad, abuso y despotismo.

43

No puede el ciudadano estar abandonado al poder magnífico que ejerce el juez, tanto, que pueda ese poder degenerar en abuso. En un sistema democrático, el juez ejerce un poder que es limitado y controlado de varias maneras; una de ellas es la posibilidad de que quienes concurren a un proceso judicial, con el carácter de partes o sujetos procesales, puedan impugnar las decisiones por él tomadas. Otro control sería la sujeción al principio de legalidad, a propósito de lo cual hay que advertir que justamente la motivación permite mostrar el grado y la forma como el juez adhiere a este principio.

El derecho de impugnación, además de ser un correctivo al ejercicio del poder público, o sea un control, implica que la construcción de la decisión cuente con la participación de todos los sujetos procesales, participación que cuanto más amplia tributa a que el proceso adquiera mayor legitimidad, calidad que se extiende, si se cumple debidamente, a toda la función judicial. Al lado de esta afirmación pueden hacerse reflexiones sobre la participación de los jurados

como forma de ampliación de la base democrática del juzgamiento, como acontece en España para el juzgamiento de algunos delitos; con la particular circunstancia de que allí el jurado debe dar cuenta al juez que preside la audiencia de los motivos de la veredicción, práctica que ha generado bastantes dificultades. En Colombia fue reinstalada constitucionalmente la posibilidad de intervención de jurados de conciencia en los procesos penales. Falta ver si el código de la materia establece algún tipo de explicación del veredicto.

44 La posibilidad de impugnar las determinaciones, la participación a lo largo del proceso mediante el uso de los recursos y, a veces, el mismo silencio de las partes van consolidando la legitimidad de las decisiones judiciales. Estas se afirman y se validan ante la sociedad en la medida en que los destinatarios del *dictum* del juez han tenido posibilidad de participar en su producción, particularmente mediante la introducción de correctivos y controles, entre otros, alegatos y recursos.

Una vez que las decisiones judiciales van ganando firmeza, porque no han sido impugnadas o censuradas por las partes, adquieren cierta presunción de acierto que las vuelve irrevocables y, además, con ello se va formando una consistente sensación de que el rumbo procesal es adecuado, en tanto cada uno de sus pasos ha sido objeto de discusión e impugnación por las partes. El uso de los recursos es un acto de participación que legitima el proceso, la función del juez y las decisiones mismas; en otras palabras, con los recursos cada una de las partes incorpora al proceso su propia apreciación del rumbo que debe llevar. Este aserto es corroborado por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, según pasamos a ver: el artículo 90 de la Constitución colombiana establece que el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas; la misma norma consagra el derecho de repetición del Estado para recobrar de los funcionarios culpables lo que hubiere tenido que pagar a la víctima. El artículo 65 de la Ley 270 de 1996 reguló de modo específico la responsabilidad de los jueces, y el artículo 70 *ibídem* exonera de responsabilidad al Estado, mediante una especie de presunción de culpa exclusiva de la víctima, cuando esta no ejerció los recursos

que la ley le otorga; regla que indica claramente que las partes son responsables de la construcción del proceso y coautoras de los errores judiciales, en tanto la omisión de ejercer los recursos inhibe la reclamación posterior por los perjuicios recibidos con ocasión de la actividad antijurídica del juez y del Estado.

Así, el proceso se erige en una construcción colectiva: cuanto mayor sea el número y calidad de los recursos y el grado de participación de los sujetos, mayor será la reafirmación de la validez de los mandatos de la justicia y mayor su legitimación. Igual que acontece en el proceso de discusión de las leyes o de construcción de los consensos públicos en torno a las cuestiones fundamentales de la sociedad, la amplitud del debate y la posibilidad de controversia procesal legitiman la decisión. En suma, además de ser un instrumento de control del ejercicio de la actividad jurisdiccional, los recursos son un espacio de participación de los ciudadanos en la construcción de las decisiones judiciales que, al desarrollar la ley en un caso específico, reafirman el ordenamiento jurídico en su globalidad y adquieren visibilidad social; por lo mismo, comprometen a toda la sociedad, bajo la premisa de que se trata de una creación colectiva.

45

Luego de esta extensa digresión solo necesitamos añadir que la motivación de las decisiones posibilita la eficacia en la interposición de los recursos. En efecto, sólo si el recurrente puede rastrear el camino seguido por el juez, esto es, aquel que lo condujo a la decisión, podrá edificar exitosamente la censura contra el fallo. Una argumentación laberíntica, inextricable o inexistente frustrará o reducirá la posibilidad de recurrir la decisión en desmedro de la legitimidad de la función, con grave daño a las partes y al sistema jurídico que se reconstruye en cada una de las decisiones judiciales. Cada sentencia es la corroboración de la vigencia de todo el ordenamiento jurídico; es la muestra rediviva de su coherencia y de su aplicación.

Como conclusión de esta unidad, podemos afirmar que una de las funciones de la motivación está atada a la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales y, por esta vía, a incrementar la legitimidad de la decisión, en tanto una adecuada motivación facilita la confrontación dialéctica.

Igualmente, se concluye que la justificación es algo diferente de la simple motivación, en tanto aquella se aproxima más a dar razones de justicia para la decisión y no solo razones construidas desde el derecho positivo. Así mismo, se revela que la adecuada justificación de las decisiones no solo coadyuva a la interdicción de la arbitrariedad, sino que también contribuye a denunciar el azar cuando este se presenta en una decisión justa pero pésimamente argumentada.

En este terreno, séase partidario de la decisión vinculada al derecho positivo o de la decisión más o menos libre, en cualquiera de sus matices, la exigencia de motivación es igualmente indeclinable. Si se adhiere a los postulados de la decisión vinculada, el juez debe mostrar mediante la argumentación cómo se inscribe su sentencia en el sistema jurídico, que es lo mismo que decir cómo realiza el acatamiento más o menos estricto a la ley; y si se trata de la decisión libre, en cualquiera de las vertientes radicales o moderadas, la exigencia de motivación adecuada es todavía mayor en tanto el proceso de reconstrucción de las piezas del sistema debe hacerse evidente, en especial cuando el juez debe forzosamente superar la ambigüedad del lenguaje⁵ jurídico.

46

LA LÓGICA DEDUCTIVA Y LA ARGUMENTACIÓN

La gente no se comunica todo el tiempo mediante silogismos, ni el silogismo judicial da cuenta de todas las posibilidades de elección de una decisión. La deducción desde un enunciado normativo general, que deriva hacia otro enunciado normativo particular, por medio de la operación denominada subsunción de un enunciado empírico, apenas da cuenta de tramos de la argumentación, es decir, aunque valiosa, es una herramienta insuficiente. La selección del enun-

⁵ Es usual en el lenguaje jurídico justificar la necesidad de aclarar el sentido de una expresión que se dice adolece de dilogía (actividad dilógica) opacidad, vaguedad, polisemia, multisignificación, oscuridad, indeterminación. O que está en la zona de penumbra en el claroscuro, en el umbral.

ciado normativo general, la discusión sobre su validez y su jerarquía dentro de las fuentes, la fijación de su “verdadero sentido” y la construcción del enunciado empírico a partir de datos de la realidad que se dice fueron probados en el proceso, lleva consigo la necesidad de argumentar.

LA VAGUEDAD DEL LENGUAJE Y SUS EFECTOS SOBRE LA LÓGICA FORMAL

La vaguedad del lenguaje permite, por fuera de la lógica formal, recoger las tonalidades de la vida diaria, de la praxis vital común⁶, de las formas de vida. El lenguaje jurídico puede tomarse como una de las familias del lenguaje, por “su parecido”⁷, pero su función no se limita a describir, sino que hace algo más que eso, pues al decir algo se hace algo, dependiendo de las convenciones⁸. Esa ambigüedad y aparente debilidad del lenguaje ordinario conspira contra la posibilidad de derivar en todos los casos desde un enunciado normativo general para llegar a un enunciado normativo particular pasando por el enunciado empírico. No es posible reducir la vida a fórmulas del legislador; la realidad es más rica que cualquier abstracción puesta por el legislador. De ello se desprende que el enunciado normativo general, como viene dado por el legislador, por lo mismo que es general, debe recomponerse para el caso específico.

47

6 Expresión de Wittgenstein.

7 Tomado de Wittgenstein.

8 Eludimos tratar de performatividad, pero el interés de los lectores debe llevarlos por el camino del examen del lenguaje como una actividad guiada por reglas. La existencia de reglas, creadas colectivamente, las más democráticas: las del lenguaje, tiene una importancia inusitada, pues la existencia de reglas permite explicar la existencia de las faltas. En función de la argumentación, es importante destacar que por el camino del análisis del lenguaje se podría justificar que las proposiciones normativas y descriptivas podrían ser analizadas con criterios semejantes y aun que es posible hablar de cierto tipo de verdad de los enunciados morales y en general de los enunciados normativos.

CONFLICTO DE NORMAS Y LÓGICA FORMAL

Cuando el juez se halla ante un conflicto de normas, porque ellas se niegan entre sí o se excluyen, tiene que decidirse por una de ellas para ponerla como enunciado normativo general. Al desechar una de las normas en competencia el juez no opera siempre con la lógica formal.⁹

LAGUNAS

Cuando no hay norma aplicable al caso, el juez debe decidir; para ello crea, desde los principios, mediante analogía *legis* o analogía *iuris*, la premisa mayor de su razonamiento. En este proceso de creación de la norma que controlará el caso, el juez debe mantenerse fiel al deber de dar argumentos. Igual acontece cuando el juez se ve ante la disyuntiva dramática de desconocer la norma puesta por el legislador, porque considera que repugna con la justicia o la Constitución. Por supuesto que no se trata de simples gustos o preferencias del juez sino de una situación en la cual la aplicación de la ley deriva en una injusticia manifiesta. Antes de la aparición del artículo 3° del C. P. se planteaba el caso de un padre de familia que en un accidente mató a toda su familia, quedó cuadrapléjico, su rostro y cuerpo desfigurados por las llamas y con apenas episodios intermitentes de lucidez. En situación semejante, condenar a esa persona por el homicidio culposo cometido en sus propios hijos, posiblemente aparejaría una injusticia.

La vaguedad del lenguaje, el conflicto de normas, las lagunas y la remota posibilidad de insumisión contra una norma que repugna a la razón en un caso específico, hacen de la argumentación un árbitro importantísimo que controla la actividad del juez, que en tales casos debe abonar razones suficientes para justificar la elección que hizo o la construcción de la premisa mayor que controla la deducción formal bajo la forma del silogismo judicial tradicional.

9 Los cánones de interpretación no resuelven todos los problemas porque no hay acuerdo general sobre ellos en la teoría jurídica y tampoco hay una supranorma que permita poner orden entre ellos para saber su jerarquía. No obstante, no se deben descartar pues los métodos son necesarios pero insuficientes.

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Nos referimos marginalmente a la argumentación judicial para resaltar su importancia en la construcción de la sentencia judicial, pues para mayor abundamiento hay un manual específico al servicio de los jueces y magistrados. Según Manuel Atienza¹⁰, hay cuatro enfoques del Derecho: 1. El derecho como norma (versión estructural ontológica) que enfatiza en problemas de validez, de control de la producción de las normas por los órganos competentes, que correspondería a las varias versiones del positivismo. Dicho con simplicidad, normativismo; 2. El derecho como hecho, realidad social, comportamiento humano, praxis vital común, que correspondería, simplificando brutalmente el tema, a los realismos; 3. El derecho como valor, enfoque valorativo-deontológico, y 4. el derecho como argumentación. Hay una tendencia denominada trialismo, que surge del sincretismo¹¹ de las varias explicaciones sobre el Derecho.

49

La argumentación literalmente está presente en todos los dominios del Derecho, tanto en la construcción de la dogmática, como en la instancia de producción de las leyes y en el momento de su aplicación en el espacio judicial. La argumentación da cuenta de la dimensión pragmática del derecho, entendida la pragmática estrictamente como la relación entre los signos y los hablantes que los emplean para comunicarse y no en su acepción común. Por todo ello, mal podría desarrollarse un intento de explicación de la estructura de la sentencia desligado del proceso argumentativo.

e	<p>Escoja y argumente una de las opciones de respuesta.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Una sentencia con motivación apenas aparente es – Nula
---	--

¹⁰ Atienza Manuel. Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

¹¹ La expresión sincretismo puede ser peyorativa, en tanto en ella no hay mucho orden ni selección. Es más apropiado tratar de eclecticismo, que implica seleccionismo y sistematización.



- Inexistente
- Falsa
- Falta disciplinaria
- Engaño político
- Desleal con las partes
- Obstruye recursos
- Anulable

Explicar sucintamente la respuesta.

- La motivación sirve al control

- Político
- Social
- De la segunda instancia
- De la calidad del fallo
- De la coherencia
- Del impugnador

Para responder en grupo:

1º. Cómo justificar que cada uno de los códigos de procedimiento, a su manera, disponga reglas sobre la estructura de la sentencia judicial.

2º. ¿Es suficiente una norma que en cada especialidad oriente el proceso de decisión? Explicar.

3º. ¿Cuál es el contenido de la ley estatutaria sobre la motivación de las sentencias judiciales? Opinar sobre el contenido y suficiencia para orientar el proceso de decisión.

4º. ¿El nuevo Código de Procedimiento Penal modificó la ley estatutaria en el tema motivación de la sentencia judicial? ¿Por qué? ¿Como conciliar las dos normas?

5º. ¿Puede el legislador controlar de manera integral el proceso de argumentación?

6º. ¿Cuál sería el instrumento idóneo para guiar el proceso decisorio?

7º. Como deben cambiar –si deben cambiar– los canones de la argumentación en un proceso estrictamente oral.

Problema

El Código de Procedimiento Civil establece que si una persona fracasa en el intento de lograr el desembargo de un bien, debe ser condenada a pagar una multa de cinco a veinte salarios mínimos mensuales. El juez niega el desembargo propuesto por Carlos y le impone la sanción más benigna, que en este caso es de cinco salarios mínimos mensuales. Carlos procuraba el desembargo de su teléfono celular, o del reloj legado por su padre, que no tiene un valor superior a cien mil pesos. Como juez de segunda instancia (si la tuviera), ¿usted confirmaría la sanción?

El ejercicio supone que cada participante construya la premisa mayor de decisión y abone los argumentos necesarios. Tomar en cuenta que no hay ningún problema sobre los hechos, ni necesidad de argumentar respecto de ellos. El reto es dejar de aplicar la norma o aplicarla, con abstracción de su iniquidad. Tome en cuenta que se impuso la sanción mínima y aun así resulta absolutamente desproporcionada e injusta frente al bien jurídico, cuya práctica se busca.

51



EJERCICIO

Con fundamento en la información que suministra la sentencia que a continuación se transcribe, construya un caso de nulidad de sentencia por falta de motivación y haga la distinción entre motivación deficiente, falta de motivación y motivación impertinente.

En la sentencia de 1° de septiembre de 1995 determinó la Corte Suprema de Justicia: El cargo concreto concernía a que se acusó en el cargo a la sentencia “por haber incurrido en una de las nulidades consagradas en el inciso final del artículo 142” del C. de P. C., en concordancia con los artículos 303 y 304 ib. De conformidad con el artículo 303 del C. de p. c., en su inciso 3°, las providencias deberán ser “motivadas de manera breve y precisa”, motivación que deberá consistir en lo que prescribe el artículo 304. El recurrente en casación manifestó entonces que la falta de motivación “constituye motivo de nulidad de la decisión, por violación de las normas sobre el debido proceso (art. 29 Constitución Política de Co-

e

lombia), tal como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en interpretación del inciso final del artículo 142 (antes 154) del Código de Procedimiento Civil". En respuesta, la Corte Suprema de Justicia determinó: "El primer aspecto que aquí debería ser dilucidado atañe al hecho de haber desaparecido del panorama constitucional colombiano la exigencia de motivar las sentencias que, de modo específico, aparecía consignada en el artículo 163 de la anterior carta fundamental, y, consecuentemente, la incidencia que ese desaparecimiento tenga en la nulidad derivada de la falta de motivación. Sin embargo, estima la Sala que no viene al caso realizarlo puesto que ello sólo sería viable en la medida en que, en efecto, en el caso sub júdice no se advirtiese en la sentencia del Tribunal ningún tipo de razonamiento tendente a justificar la decisión adoptada, lo que, desde luego, no acompasa con los hechos porque, como viene de verse, el ad quem se ocupó de manera por lo demás espaciosa de explicar el porqué de su determinación. Precisamente en la sentencia de esta Corporación en la que el recurrente dice apoyarse, con términos muy claros se recordó que "...para que sea posible hablar de falta de motivación de la sentencia como vicio invalidativo del proceso, se requiere que aquella sea total o radical". O sea que, se aclaró a renglón seguido, puede ser perfectamente posible "que en un caso dado a los razonamientos del juzgador les quepa el calificativo de escasos o incompletos –o impertinentes, se agrega ahora– sin que por tal razón sea dable concluir que la sentencia adolece de carencia de fundamentación. Esto, por supuesto, se explica no solo porque lógicamente se está en frente de conceptos distintos (una cosa es la motivación insuficiente y otra la ausencia de motivación), sino también porque en la práctica no habría luego cómo precisar cuándo la corteidad de las razones es asimilable al defecto de las mismas, y cuándo no lo puede ser" (Cas. Civ. 29 de abril de 1988, sin publicar). Pero aun cuando se pensara que todo el discurso del juzgador

<div data-bbox="247 207 361 351" data-label="Text"> <p>e</p> </div>	<p>apunta exclusivamente hacia la declaratoria de dominio y que, por ende, quedó huérfana de motivación la resolución atinente a la cancelación del gravamen, no por tal circunstancia se podría decir que se configura el defecto denunciado por el impugnador en vista de que el mismo sólo emerge cuando es la sentencia –considerada como un todo– la que se tiene como falta de argumentación, lo cual se infiere de lo prescrito por el inciso final del artículo 303 del C. de P. C. cuando dice que “a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa...”. Amén de que, por exclusión de lo que preceptúa el artículo 305 ib., la ley no exige que haya congruencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia, lo que se traduce en que las reflexiones ofrecidas por el juzgador pueden ser pertinentes o no, pues en el punto todo depende tanto de su sapiencia como del cuidado que el caso le merezca. Ello, por consiguiente, es bastante para concluir que el cargo no prospera.</p>
<div data-bbox="247 940 361 1084" data-label="Text"> <p>e</p> </div>	<p>Haga un análisis de la siguiente deducción y encuentre algún tipo de error lógico o falacia.</p> <p>El juez (arbitro) debe decidir conforme a las normas reguladoras del caso¹².</p> <p>El juez (arbitro) no seleccionó ninguna de las normas que controlan el caso o son pertinentes a este.</p> <p>De lo anterior se sigue que el juez falló según su conciencia.</p> <p>Decisión: La sentencia o el laudo deben ser anulados.</p>

12 Los árbitros y los jueces deben decidir en derecho, a menos que las partes los autoricen a decidir en equidad, si el asunto es susceptible de transacción.

UNIDAD **2** | Destinatarios de la sentencia

O

Si lográsemos convencernos de que la **sentencia** entendida como herramienta de comunicación se escribe simultáneamente para muchas personas y tiene trascendencia en diversos auditorios, probablemente el tono que emplearíamos en ellas sería más fluido, menos rebuscado y con menos **pirotecnia retórica** artificiosa. El abuso de la cita, la recopilación de abstrusas teorías tan profundas, como a veces impertinentes, en verdad poco ayudan en el proceso de comunicación con la sociedad.

¿PARA QUIÉN SE ESCRIBE LA SENTENCIA?¹³

Una primera aproximación a este asunto nos llevaría a pensar que, posiblemente, la **sentencia** se escribe para la sociedad entera.

Podríamos representarnos una situación en la cual, una vez producida, la **sentencia** es físicamente repartida entre un auditorio¹⁴ lo

¹³ Se puede emplear la expresión **alocutario** para el receptor o **paciente** de la comunicación por oposición al Aliquis (Santo Tomás), **proferente** o emisor. La palabra **paciente** de la comunicación es empleada en los textos de lingüística.

¹⁴ La idea de auditorio ha sido introducida y desarrollada por Chaid Perelman y tiene afinidad con otras formas de explicación del destino de la **sentencia**.

más universal posible o entre individuos integrantes de diversos auditorios. Por supuesto, esta es una situación hipotética que en la realidad no se presenta, pero impondría al autor de la sentencia una exigencia adicional: le impondría requerimientos no solo de índole técnica, sino que además le demandaría el afán de establecer una comunicación general con la sociedad entera, pues de esa sintonía con la sociedad dependería la legitimación del derecho y de lo que los jueces hacen.

56

Una justicia incapaz de pulsar las necesidades, los deseos y las expectativas de una sociedad se aleja de ella; va formando un nicho inaccesible para el común de los mortales. Esta circunstancia se hace más evidente cuando en las sentencias se usa un mayor volumen de contenidos supuestamente técnicos, se emplean lenguajes esotéricos y extravagantes, y se sofistica la comunicación de tal manera que se excluye un número mayor de personas o se marginan auditorios enteros. Sentencias crípticas, en lenguaje cifrado y abstruso llevan a la incomunicación total y contribuyen a la deslegitimación, por incompreensión, de la función judicial.

DISCUSIÓN PÚBLICA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

Si admitimos que de alguna manera las sentencias trascienden el ámbito reducido de las partes, podemos abordar el tema de la discusión pública de las sentencias judiciales, lo cual supone que ellas tienen como destinatario potencial a la sociedad entera; ocurre tal discusión pública cuando se produce una sentencia que por su novedad, por el derecho comprometido o por los sujetos a quienes cubre el efecto de sus determinaciones toma una dimensión trascendente que, en ocasiones, su propio autor no alcanza a columbrar. Sin embargo, se mira con ojos de censura la actividad de escrutinio, examen y crítica sobre las sentencias judiciales; usualmente se quiere poner un dique al universo de la opinión pública y académica, a la opinión de legos y expertos, formulando con ello de manera implícita una prohibición de discutir las sentencias judiciales bajo la solapada afirmación de que debatirlas en público erosiona la autoridad.

Se ha pretendido entonces que cualquier reparo contra la sentencia, aun el puramente académico, se constituye en una especie de insubordinación contra sus determinaciones. A este propósito es necesario establecer unos linderos claramente definidos: una cosa es el acatamiento a la sentencia, necesario para la realización del orden jurídico, y otra es imponer por cualquier medio una limitación injustificada al examen de sus contenidos. Es claro que incitar a la insurrección o al desacato de la decisión judicial, no solo atenta contra el Estado de Derecho, sino que además se erige en un acto de contumacia en contra de las instituciones; pero de allí no puede seguirse que los ciudadanos, los grupos de opinión, la comunidad intelectual y académica no puedan escrutar con la mayor severidad, rigor y objetividad la estructura y los contenidos de una sentencia, medir sus efectos perniciosos, desnudar sus deficiencias argumentativas y denunciar de manera vehemente si se considera que esa sentencia se erige en un acto de ruptura de la coherencia esperada del sistema normativo.

57

Es la actitud vigilante de la comunidad judicial, académica e intelectual y de la opinión pública en general, la que reclama coherencia a los jueces; y esa coherencia pasa necesariamente por las coordenadas del examen exhaustivo y profundo, con ardentía pero sin pasión, no solo del contenido sino también de los efectos que produce y de la estructura argumentativa de cada fallo judicial. Creemos que la discusión pública de las sentencias judiciales de todo orden es un saludable ejercicio de participación democrática y, más que un gusto por el diletantismo jurídico, un acto de responsabilidad, y de responsabilidad democrática además. La discusión pública de los problemas públicos –y la administración de justicia es cardinal entre ellos– es un derecho y un imperativo que expresa la vitalidad política de una sociedad.

Vicente Jimeno Sendra, ex magistrado del Tribunal Constitucional español y connotado procesalista, señala que el pueblo debe participar en la administración de justicia, unas veces directamente como jurado o escabino y otras de manera indirecta “a través del principio de publicidad, que, con el auxilio de los medios de comu-

nicación, posibilita un control de la sociedad previo o posterior de las más relevantes decisiones judiciales”¹⁵.

En el proceso, entre expertos, no frente a la opinión lega o letrada, la motivación de las sentencias judiciales suele verse desde una perspectiva interna para posibilitar el control por parte de los interesados directos en la decisión y como medio para que la sociedad entera acceda al dominio judicial.

A propósito de la Constitución española dice Perfecto Andrés Ibáñez: “Mientras la sentencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se concebía como acto esencial, si no exclusivamente, interno al proceso; la sentencia postconstitucional —de ahí el deber fuerte de motivar (art. 120.3 C. E.)— se abre a un espacio de mucha mayor amplitud, en gran medida extraprocesal. En ella el Juez entra en interlocución con un haz de sujetos mucho más abierto, potencialmente ilimitado. Desde luego, en principio, pero así mismo y cada vez más, también en la práctica”¹⁶.

En la cita anterior se hace referencia explícita a la sentencia postconstitucional para precisar cómo la aparición en la Constitución Española de la exigencia de motivación de las sentencias judiciales transformó la fisonomía de estas. Paradójicamente, en la Constitución colombiana de 1991 se excluyó la exigencia de la motivación, que antes aparecía en el artículo 163 de la Carta Política expedida en 1886, aunque quedaría como sustituto su consagración en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; al punto es menester advertir que, háyase o no consignado en tal Ley, todo indica que parte esencial del principio del debido proceso lo constituye la motivación de la sentencia judicial, pues sin ella el justiciable quedaría a merced del capricho del juez y confinado a la ignorancia sobre los móviles que definen su suerte. De cualquier manera, resulta curioso el contraste —ya mencionado en otra parte de este texto— entre lo acontecido en España y en Colombia en torno a la

15 V. Jimeno Sendra, “El control de los jueces por la sociedad”. *Revista Poder Judicial* (48), 1997, pp. 48-56.

16 P. Andrés Ibáñez, “Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos)”, *revista Poder Judicial*, (49), p. 396.

constitucionalización de la norma que impone la exigencia de una adecuada motivación de la sentencia judicial: en España se elevó a rango constitucional el deber de motivar las sentencias y en Colombia descendió de estrato al ubicarse en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en los respectivos Códigos de Procedimiento Civil, Penal y Laboral.

La motivación de la sentencia judicial no es asunto interno al proceso. La exigencia de motivación trasciende los dominios del proceso, conclusión que resulta de reconocer que la decisión judicial se incrusta en un dominio más amplio que el escenario de las partes. Adicionalmente, debemos reconocer que existe una especie de control social sobre la sentencia judicial y que este control está mediado por los lenguajes que en ella se emplean.

59

Agotadas estas digresiones, parece prudente volver sobre la pregunta ¿para quién se escribe la sentencia judicial? Una respuesta clara a tal pregunta —ya dispensada anteriormente— nos lleva a sentar la afirmación sobre el tipo de comunicación elegido para sintonizar esa diversidad de auditorios destinatarios de la sentencia.

¿Se escribe la sentencia para las partes?, ¿para las instancias superiores?, ¿para la comunidad académica?, ¿para la comunidad científica?, ¿para la comunidad jurídica?, ¿para la sociedad?, ¿para la posteridad?, ¿para la humanidad entera? Esto último parece una desmesura, pero hay sentencias hito en materia de derechos humanos que generan hondas transformaciones, tanto que inspiran nuevas leyes y posiciones que echan raíces en la práctica judicial. Baste citar la sentencia del caso *Mirande vs. Arizona* para ver cómo un solo fallo puede tener hondas repercusiones intergeneracionales, incluso.

Aunque pareciera demasiado forzado el análisis de las sentencias, desde una perspectiva antropológica, este arrojaría luces sobre el pasado de una sociedad, en tanto el tono, estructura y contenido de las sentencias puede guiar a un observador externo y, por qué no, a las futuras generaciones para que, basados en los fallos judiciales, puedan dar cuenta de los valores que ensaya y practica una sociedad. No es forzado decir que una sociedad puede definirse por la forma como sus jueces protegen los valores fundamentales; bastaría con leer las sentencias judiciales sobre la protección a la vida, los niños,

las mujeres, el aborto, la libertad de prensa, la propiedad o el control constitucional para tener una idea aproximada de qué tipo de sistema jurídico y social existió en determinado momento histórico en una nación concreta.

Si continuamos con la consideración sobre para quién se escribe una sentencia, como acto de comunicación que es, y admitimos por respuesta que son muchos los destinatarios de ella o, lo que es igual, que son muchos los auditorios a quienes se dirige el juez, podríamos entonces concluir que el juez se debe comunicar en diferentes claves; dicho de otra manera, se deberían emplear diferentes lenguajes —o un lenguaje lo más universal posible— porque la sentencia busca la sintonía con diversos auditorios. Lo dicho por Chaid Perelman sobre los auditorios, cuando distingue entre auditorios locales y auditorios universales, desarrollando de manera específica cómo debe entablarse ese diálogo ficticio entre argumentador y los auditorios altamente especializados, de los cuales busca la adhesión, y no solo la adhesión sino también la invitación a la acción que, en este caso, sería al acatamiento y validación del sistema entero¹⁷.

El operador judicial no alcanza a vislumbrar los alcances de su decisión, pero si admitiese siquiera como posible la diversidad de auditorios, tal vez aceptara que dentro del mismo cuerpo de la sentencia haya un mensaje dirigido a las partes del proceso, desde una perspectiva puramente técnico-jurídica, y otro mensaje de carácter social o admonitorio como una especie de reflexión política, social y constitucional del juez frente a todo el ordenamiento jurídico; esta última parte tendría una finalidad más pedagógica que propiamente jurídica. No es desdeñable, entonces, que la arquitectura de las sentencias suponga un razonamiento jurídico de altísima filigrana técnica, apoyado en razonamientos y reflexiones estrictamente jurídicos, y una parte conclusiva de carácter más pedagógico y general, que sea como el precipitado visible de esa función magisterial de la magistratura.

17 Chaid Perelman, "El imperio retórico", *Retórica y argumentación*, editorial Norma, 1997, p. 29.

IDEAS COMUNES A LA NOCIÓN DE AUDITORIO

Antes vimos cómo Perfecto Andrés Ibáñez refiere que la sentencia se dirige a un “haz de sujetos”, idea que guarda enorme semejanza con idea de los auditorios, universal y particular que está presente en Chaid Perelman¹⁸. Este dice que al auditorio universal nos dirigimos para convencer y al particular para persuadir y en todo caso para invitar a la acción, que desde la perspectiva del juez debería ser invitar a la adhesión al ordenamiento jurídico. A la manera de J. Esser podemos decir que el consenso sobre una sentencia es consenso sobre todo el Derecho. Lo que se dice respecto a que se busca la invitación a la acción resulta de reconocer que las proposiciones normativas (en este caso particulares) como la sentencia cumplen una función emotiva¹⁹.

61

R.M. Hare trata la idea de universalización de las prescripciones (como enunciados normativos) de la misma manera como se universalizan los enunciados descriptivos.

Stephen Toulmin plantea regla de evitar el sufrimiento evitable, una versión negativa del viejo utilitarismo. En una versión positiva, lograr la mayor felicidad del mayor número.

Para Aristóteles, una parte de los argumentos dialécticos son aquellas opiniones generalmente aceptadas.

Habermas trata de un “consenso hipotético” o acuerdo potencial de todos los demás. Califica ese acuerdo como un contrafáctico, una ficción, algo que no existe ni llegará a existir, pero que debemos hacer como si existiera, pues resulta importante como desiderata que ha de guiar la conducta del juez.

Kant, que probablemente está en la base de todos los citados, plantea el imperativo categórico: “Obra según una máxima tal que

18 En “Cinco lecciones sobre la Justicia” dice: “debes comportarte como si fueras un juez cuya *ratio decidendi* deba proporcionar un principio válido para todos los hombres”

19 Este tema está desarrollado en C. L. Stevenson . En Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, aparece una presentación detallada del emotivismo.

puedas querer al mismo tiempo que se transforme en ley universal”. Igualmente en Alexy se hallan referencias constantes al “Tribunal de la razón” para significar que la argumentación es algo más que un diálogo consigo mismo, y que toda actividad argumentativa se vincula a la “aceptabilidad por todos”²⁰ y aun a la “enseñabilidad general”²¹.

62 La anterior recensión sobre la idea común de auditorio no puede quedar completa sin recurrir al mismo Aristóteles, a quien se atribuye haber tratado de ella en la *Ética a Nicómaco* (X, 2 1172-1173), Aristóteles utilizó la expresión *consensus gentium* en el sentido de que si todo el mundo está de acuerdo con una opinión, esta tiene que ser cierta o por lo menos altamente probable.²² El viejo reparo de que ese consenso universal es más bien gremial o elitista, aparece corroborado con las restricciones sobre la discusión entre seres dotados de razón, o capacitados para usar el sistema de descripciones que precede a toda argumentación y que busca un desarrollo cognitivo que reconstruye el sistema de descripciones como lo presenta Habermas. Ese sistema de descripciones es el lenguaje y de ello en el linaje de la teoría consensual de la verdad se hallarían Wittgenstein y Karl Wilhelm von Humboldt²³, predecesores de la filosofía del lenguaje.

ARGUMENTACIÓN EN FUNCIÓN DE DEMOSTRAR LA SUJECCIÓN A LA LEY

El título anterior sugiere el dilema de la decisión vinculada a los dictados del legislador. Este tema atañe a que usualmente el juez (en este caso el juez colombiano) está subordinado a la ley porque lo

20 Se atribuye a M.G. Singer el uso de esa expresión. Citado por R. Alexy. “Teoría de la argumentación jurídica”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989. Traducción de Manuel Atienza e Isabel espejo.

21 R. Alexy en la obra arriba citada atribuye la introducción de esa expresión a K.Baier

22 Ver *Consensus gentium*. Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía. Edit. Ariel. T. I pág. 666

23 Karl Wilhelm von Humboldt (1767-1835), hermano del naturalista y sabio Alexander von Humboldt.

manda el artículo 230 de la Constitución, o mejor, subordinado al ordenamiento o al sistema jurídico en su conjunto. Este precepto de la Carta Política impone un condicionante a la sentencia, pues en ella el juez se ve constreñido a dibujar el modo como ha expresado esa sujeción o subordinación a la ley y cómo han operado los preceptos legales para orientar su fallo. El afán del oficio judicial estará interferido, entonces, por desvelar en la sentencia el respeto por la preeminencia del legislador, lo que no es suficiente para un auditorio lego o profano. Una arquitectura puramente técnica, dotada de instrumentos en estrictez jurídicos, elaborada engarzando y anudando preceptos legales, destilando jurisprudencias en línea, rebuscamientos técnicos y con adehalas retóricas innecesarias, no lograría la sintonía del profano, si la sola sujeción a la ley no refleja en todos los casos la medida exacta de la justicia o se muestra para ello insuficiente.

63

Permítasenos ahora una digresión: con sorna alguien podría esbozar que las sentencias deben estar redactadas en un lenguaje tan elemental y sencillo, en una prosa tan ligera y huérfana de rebuscamientos, que puedan ser entendidas incluso por los periodistas. A este propósito vale anotar que la función de los periodistas en la explicación de las decisiones judiciales es verdaderamente precaria; circunstancia que tiene mucha importancia en tanto, una vez el mensaje mediático ha llegado a la sociedad descalificando una sentencia, cualquier información posterior sobre la estructura argumentativa del fallo, sobre las verdaderas razones de la decisión o la justeza y bondad de lo decidido, caerá en un terreno yermo. La gente se convence de la plausibilidad de las decisiones judiciales o las reprueba, luego de un examen superficial producto de las versiones e interpretaciones que escuchan, leen o comentan en los medios de comunicación, esto es, cuando la noticia se da en caliente. Así, es poco probable que a la comunidad llegue de manera oportuna y fiel el contenido de un fallo judicial en su verdadera dimensión. Por ello se ha dicho que los juicios que se hacen en las rotativas o ante las cámaras de televisión son tan injustos como irrevocables; ya que lo mismo da que, mezclado en una noticia, se juzgue a un individuo o se ponga en la picota a todos los jueces por el contenido de una sentencia particular, nunca bien entendida por sus difusores.

Con este panorama probablemente se reduce aquella aspiración planteada anteriormente, un tanto pretenciosa, que buscaba afirmar que el juez, al redactar la sentencia, está escribiendo para comunicarse con la sociedad entera o buena parte de ella. La imposibilidad real y objetiva de llegar directamente a la comunidad entera debe ser un aliciente y acicate para ajustar la estructura argumentativa de las sentencias, de modo que las que tengan más trascendencia social se ensaye un condensado muy breve, a manera de conclusión admonitoria con afanes estrictamente pedagógicos, sobre la justicia de lo decidido y el reproche en contra de quien ha puesto en peligro el derecho ajeno.

64

Reiterase ahora que cuando se intenta responder a la pregunta sobre para quién se escribe la sentencia surgen varias alternativas, en tanto se identifican diversos auditorios. Ya antes habíamos hecho mención a los auditorios de legos, auditorios profanos y auditorios especializados, pero también habíamos referido auditorios de tamaño menos reducido, auditorios de dimensiones más generales, más amplias, cuya vastedad desborda el estrecho ámbito de las partes. Todo ello trae como secuela un agregado de legitimidad que crea una dimensión que, repítese, desborda el estrecho marco de las partes del proceso. Aunque las normas sobre motivación imponen contestar los alegatos y planteamientos de las partes, debe irse más allá y vaticinar que el alcance de las decisiones desborda el ámbito judicial.

MOTIVACIÓN INTERNA Y EXTERNA, MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

Se resalta la preposición de para evidenciar el contraste que existe o puede ser construido entre dos expresiones aparentemente intercambiables o intersustituibles; como consecuencia de esta distinción podemos hacer referencia a los motivos de la decisión y los motivos en la decisión.

Cuando se hace referencia a los motivos de la decisión judicial, se interpela al conjunto de factores que, para un observador externo, son los verdaderos motivos de la decisión. Para explicar de qué se tratan los motivos de la decisión hay expresiones tales como justifi-

cación externa, legitimación, fundamentación o cualquier otra semejante, aunque difícilmente se eludiría la equivocidad de los términos.

Si distinguimos los dos niveles en que suceden los dos tipos de explicaciones diferentes o las dos motivaciones diferentes, hallaremos un sentido distinto para la misma palabra.

Los dos niveles en que sucede la motivación son, a la vez, dos lugares diferentes y tienen actores diversos; igualmente, la función que cumple la motivación será diferente por ser distintos los contextos. Los motivos de la decisión (o de alguna manera, las causas de la decisión) atañen a explicar las razones por las cuales el juez decidió en uno u otro sentido, desentrañable quizá desde una perspectiva sociológica y psicológica.

Así, la justificación externa de la decisión comprendería las razones ideológicas, políticas, étnicas o emocionales que se reflejan en la conducta del juez; allí tendrían lugar sus preferencias políticas, su actitud frente al ordenamiento mismo, la vinculación a sus propios precedentes, y cómo responde al reclamo de coherencia. En la justificación externa de la sentencia cabría decir incluso que el juez decidió en un sentido específico porque estaba, entre otras razones, genuinamente convencido de que esa era la decisión correcta.

Igualmente, podría decirse que la decisión obedeció a la necesidad de decidir, actitud que comporta asumir el riesgo del error. En este sentido es básico entender que la necesidad de decidir lleva al riesgo y que la argumentación lleva a mostrar los controles que se han tomado para minimizar esa contingencia de riesgo de error. La idea es mostrar la posibilidad de que los factores externos estén subordinando la decisión y hacer que el autor de la sentencia sea consciente de ese peligro.

Desde esta perspectiva, la justificación o motivación interna, esto es, la motivación en la decisión, sería apenas uno más de los motivos que explican externamente la decisión.

La justificación externa de la decisión se cumple en un plano netamente descriptivo; incluso las conclusiones del observador externo lo llevarían a decir cosas semejantes a esta: “la frondosa motivación interna de la decisión solo enmascara el machismo (racismo,

feminismo, activismo) del juez”. Los motivos de la decisión son las razones que explican su existencia y su sentido, pero no necesariamente están presentes en la justificación o motivación interna. A pesar de ello, en la mayoría de los casos, la motivación interna de la decisión contribuye de manera importante como guía para descifrar la decisión en clave externa, esto es, vista desde afuera.

En el sistema judicial colombiano, en el que se observa la premisa constitucional de vinculación a la ley, en la motivación interna el juez haría todo el énfasis en demostrar que la decisión se deriva de premisas legales y consideraciones fácticas, algo así como que los hechos han juzgado, y que el juez no es más que el instrumento ciego y neutral de la ley, algo así como la boca de la ley, para usar la conocida expresión.

Un observador externo, con una visión más amplia, podrá concluir que la motivación que se expresa en la decisión solo es un palió de los verdaderos motivos de orden psicológico, político, social, de las razones verdaderas que inspiran la decisión, pero que se mantienen en los arcanos del juez.

Asociada a esta problemática reside otra de no menor importancia que consiste en mostrar la justificación interna de la decisión, que es en acreditar argumentativamente cómo se produce la subsunción desde el enunciado normativo general haciendo tránsito por el enunciado empírico (descriptivo) para llegar al enunciado normativo particular que reposa en la conclusión. En paralelo, la justificación externa nos llevaría a juzgar, por ejemplo, el enunciado normativo general o premisa mayor del silogismo judicial y no pocas veces a justificar la forma como el juez se ve compelido a construir el enunciado normativo general cuando en ausencia de norma no puede eludir la decisión porque así se lo impone la misma ley, en nuestro caso la Ley 153 de 1887. Igualmente hay justificación externa, cuando el juez antes de acometer la labor de subsunción tiene que construir una variante o una réplica del enunciado normativo general, de tal generalidad y vaguedad como los principios, que no permiten su aplicación en crudo o en su versión más general.

MIMESIS JUDICIAL

Se transfiere legitimidad por la vía de la fundamentación

En los sistemas que toman partido por una decisión vinculada bien sea a la ley o a los precedentes, se produce un verdadero acto de mimesis.

Una forma de mimetismo o camuflaje consiste en adoptar la forma de una especie protegida; en el sistema jurídico doméstico, la especie protegida es aquella sentencia que se ajusta o dice ajustarse en todo a la ley²⁴. Esta sujeción, de la sentencia a la ley o del juez a la ley, permite a la sentencia quedar presuntamente protegida ante el embate de la crítica o la acusación de ilegitimidad; el esfuerzo argumentativo se encaminará, entonces, a demostrar la fidelidad del Juez a la norma legal y a acreditar que se ha seguido el algoritmo denominado subsunción, que supuestamente protege contra el error. En síntesis, la mimesis se produce porque el juez argumenta en función del parecido de su sentencia con algún modelo ideal que expresa subalternidad estricta respecto de la ley, y así lo hace porque este tipo abstracto de sentencia está protegida de la crítica. Igual ocurre cuando la sentencia es exuberante en la cita de antecedentes jurisprudenciales, los cuales se erigen en salvaguarda porque se dice son el reflejo de un acumulado de legitimidad que, como activo, reposa en la jurisprudencia; cuanto más alto es el órgano que ha producido la jurisprudencia, mayor será el valor agregado que se transfiere a la sentencia que hace la cita jurisprudencial como argumento de autoridad.

Además, la sujeción o subordinación de la sentencia a la ley genera un curioso episodio de transferencia de legitimidad. La ley tiene como soporte la legitimidad democrática, en cuanto es expedida al amparo de las normas que regulan la auto reproducción del sistema normativo. La sujeción al procedimiento constitucional de creación de nuevas normas, por la fuente que expide la ley, el congreso elegido popularmente, ofrece una dosis adicional de legitimación derivada de la sujeción a las formas de producción de las normas.

24 En verdad, la sujeción es a todo el sistema normativo.

Y a la representatividad que puede tener el congreso. La ecuación que correlaciona elección, representación, órgano legislativo, legalidad y control judicial de constitucionalidad, hace de la ley un instrumento, en principio, dotado de un grado importante de legitimidad democrática.

Al proferir una sentencia con sujeción estricta a la ley, y cuanto más estricta, mejor, se pretende que la legitimidad democrática que reside en la ley se transfiera a la sentencia como un valor agregado.

68 Así, la legitimidad que emana de la ley se transfiere a la sentencia, por lo que si la sentencia misma muestra esa sujeción, mediante la explicación de las reglas elegidas y del proceso de elección, con ello pretende ser más legítima por apego al ordenamiento. Sin agotarse, la ley transfiere su legitimidad a la sentencia, pero conserva intacta su esencia; es lo que en la escolástica se conoce como la emanación. Esta emanación o transferencia de legitimidad de la ley a la sentencia, para demostrar que esta viene de aquella, también podría contribuir a explicar la erosión de la función judicial cuando la ley es escasamente legítima o totalmente ilegítima, lo cual depende de la representatividad y consenso del sistema político en el que las leyes son producidas.

Curiosamente, aunque no sea aplicada nunca, la esencia de la ley se mantiene plenamente, pues ella no pierde su legitimación (en cualquier grado que la tenga) porque deje de ser usada. Puede ser que la sentencia tome la apariencia de una especie protegida (sentencia subordinada a la ley) como un acto de mimetismo que acontece cuando en la justificación interna el juez hace un esfuerzo considerable por demostrar que dicha sentencia se ajusta a la ley; el observador externo que escruta los motivos verdaderos de la decisión puede correr el velo de la apariencia y señalar que el juez ha introducido sus propias valoraciones bajo el palio de una supuesta sujeción estricta a la ley. Parte del examen crítico de las sentencias consiste en desvelar que no siempre hay tal sujeción estricta a la ley, sino un acto de mimetismo. Todo cuanto acaba de decirse tiene la utilidad de mostrar el proceso complejo de producción de la sentencia judicial y en manos del juez pretende ser una herramienta analítica de su propio trabajo.

MOTIVACIÓN INTERNA O MOTIVACIÓN EN LA DECISIÓN

Son las razones que el juez consigna en la providencia las que hace públicas; si se quiere, son las razones que puede y conviene hacer públicas. Pueden existir otras razones inconfesables para la decisión, y cuando decimos inconfesables, no introducimos un demérito valorativo, pues pueden ser razones ocultas muy altruistas, pero que no son consignadas en la sentencia por diversos motivos. Hay motivos que no aparecen en la justificación de la decisión, bien sea por omisión inconsciente, porque no son considerados relevantes por el decididor, o por su incapacidad narrativa.

A esta altura es importante una digresión para dejar sentado que la idea de un observador externo no coincide con la del juez de segunda instancia o con el juez de casación. El juez de segunda instancia se sumerge en la decisión, bien para aprobarla o bien para sustituir los motivos internos de la decisión; entendiendo como internos los motivos explícitos que consigna el juez, o sea aquello que hemos denominado motivación en la decisión, para diferenciarlos de los motivos de la decisión.

Aquello que hemos clasificado como motivación interna o explícita en la decisión, por oposición a la motivación externa, implícita o motivos de la decisión judicial, que explican su sentido, ha sido clasificado de otras maneras en la doctrina. Así, J. Wroblewski, citado por Jesús Aquilino Fernández²⁵, distingue cuatro tipos de sentidos:

1. Justificación de la decisión judicial, que sería la argumentación que se aporta como sustento de una decisión en una situación controvertida.

2. Motivación legal de la decisión judicial, o argumentación que aporta las razones que sostienen la decisión cuando la ley lo exige.

²⁵ Aquilino Fernández, "Sentido y función de la motivación de las decisiones judiciales", opúsculo publicado por la Universidad de Oviedo, 1997.

3. Explicación psicológica de la decisión judicial, en cuanto análisis de los factores determinantes del contenido de la decisión en el plano psicológico.

4. Explicación sociológica de la decisión judicial –análisis de los factores determinantes del contenido de la decisión en el plano sociológico–, bien como una explicación más profunda del proceso psicológico de motivación o como elemento en un sistema complejo de relaciones sociales.

No sobra añadir que la dicotomía entre motivación externa, en otro contexto se refiere a la justificación sobre el uso de las premisas empleadas para la decisión, bien se las califique de enunciados normativos generales o como premisa mayor del silogismo, mientras que la motivación interna se asocia al proceso de subsunción.

70

JUSTIFICACIÓN COMO ACEPTABILIDAD DE LAS PREMISAS

Este aparte también entra en relación con la indagación sobre para quién se escribe la sentencia judicial o cuáles son los auditorios esperados o previsibles de una sentencia judicial. Todo está concebido bajo el supuesto de que el juez, mediante un algoritmo aceptable, hará la debida inferencia o, dicho con otras palabras, el proceso lógico será impecable por la corrección formal que lo acompaña; el aparato lógico empleado para extraer la inferencia habrá de ser generalmente aceptado y aceptable dentro de las varias posibilidades de elección. No obstante, a pesar de la corrección lógica, esa corrección formal de la decisión será inútil e insuficiente si alguna de las premisas es incorrecta.

Así, en no pocos casos, el juicio que se haga a la sentencia será sobre las premisas y no sobre la forma como se derivó la conclusión a partir de las premisas o como se hizo la inferencia. El juicio que se hace sobre la bondad de las premisas es de diversa índole: puede ser una discusión sobre la jerarquía de las fuentes del derecho, la vigencia de la norma-supuesto, la antinomia-laguna (anomia), o la inadecuada interpretación del texto normativo. También la discusión puede remontarse a los principios que sirven de soporte a la premisa escogida como supuesto de la decisión.

Pero el reproche también puede ser con respecto a premisas fácticas y, en tal caso, la censura contra el fallo habrá de consistir en que se ha dado por probado un hecho que no lo está, que se ha omitido uno que sí está demostrado y que es relevante para la decisión o que se ha dejado de aplicar una presunción.

Como acabamos de ver, la justificación de la bondad de las premisas tiene como horizonte los diversos auditorios a los que va dirigida la sentencia²⁶.

La justificación de las premisas es algo así como cerrar el paso a futuras objeciones con cierta pretensión de universalidad, como construir una respuesta, lo más amplia posible, que satisfaga a todos los auditorios a los que va dirigida la sentencia. La satisfacción de cada destinatario se medirá por el grado de aceptabilidad de la sentencia y por las valoraciones que hagan sus críticos, y estas a su vez dependerán del escenario social y político. Así, una sentencia judicial que desatienda la aplicación de una ley expedida por un legislativo respetable, con enorme anclaje social y legitimación, será con seguridad acremente desvalorada; al contrario, la reprobación será menor si el juez desacata o mediatiza la aplicación de una ley emanada de un órgano legislativo en crisis de legitimidad.

Por este camino llegaríamos al terreno deleznable del protagonismo de la judicatura y del lugar en que se hace el derecho, tema que desborda el objeto de estas reflexiones pero que siempre está presente en todas ellas.

¿Y la seguridad jurídica?

La necesidad lleva a los jueces a crear el derecho en casos de ausencia de normas, para desechar una de dos que son contradictorias, o fijar el sentido de las que presentan anfibología²⁷, lo cual ocurre con más frecuencia de lo que se supone. Igual cuando de la aplicación de una norma se sigue un absurdo, el juez se ve compeli-

²⁶ Conocidos los auditorios es probable el ejercicio conocido como *prolepsis*, es decir, la anticipación que hace el argumentador a las futuras objeciones.

²⁷ También cabría usar aquí la expresión anfibolía. Kant se refiere al concepto de anfibolía de los conceptos de reflexión para referirse a los que tienen doble sentido.

do, ante la imposibilidad de abstenerse de decidir a crear el enunciado normativo general. Igual cuando el juez decide que un hecho está suficientemente demostrado. En semejante situación, el juez no es libre, está limitado por los enunciados dogmáticos, por los tópicos, por los precedentes. No puede decidir, *ex nihilo*, como si se tratase del primer día de la creación; no puede olvidar, como lo presenta Dworkin, que el Derecho es como una novela, y que cada aplicación es un nuevo capítulo que no puede omitir todo el discurso jurídico, como una especie particular del discurso práctico general. La seguridad jurídica no es solo sujeción a la norma positiva, es también, solo a título de ejemplo, el respeto por el precedente, de modo que la carga de la argumentación está en hombros de quien quiere combatir el precedente, bien sea el propio o el construido colectivamente. En el mismo sentido, Perelman, en *Justicia y razón*, plantea: “el sistema jurídico debe ser tratado por el juez como un sistema a la vez coherente y completo. Él debe interpretar el Derecho de manera que elimine las incompatibilidades y contradicciones que a primera vista puedan producirse y, por otra parte, completar las lagunas que el legislador pudiera a primera vista haber dejado. Y ...debe motivar sus conclusiones refiriéndose a los textos legales. Además, en un sistema jurídico que haya consagrado el derecho a la igualdad, el valor del precedente²⁸ toma una dimensión descomunal por el derecho de los ciudadanos a ser juzgados de la misma manera. Por ello el comportamiento del juez no puede ser insular, tiene ataduras. La coherencia le impone decidir igual que lo hizo ayer, igual que lo hicieron sus colegas; no puede ser un tiranuelo confinado en su torre de marfil. En ese sentido, el derecho es más conservador de lo que se piensa y así debe ser, en tanto el juez que quiera quebrar el paradigma vigente debe demostrar la necesidad y justicia del cambio. No es la consagración de la esclerosis del derecho, es la exigencia de estabilidad y seguridad que justifican la existencia del Derecho como forma de regulación social.

28 “El fundamento del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad y de inercia”. Alexy Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Pág. 276.

Independencia, imparcialidad y motivación: carga de demostrar la imparcialidad

El principio de independencia judicial está correlacionado, de manera importante, con la garantía de imparcialidad; pues justamente para reclamar que el juez sea imparcial se impone como supuesto la independencia total, de modo que no haya ningún elemento contaminante en el proceso de adopción de alternativas dentro de las diversas posibilidades de elección que están al alcance del juez. Igualmente, la responsabilidad del juez —responsabilidad de todo tipo: penal, disciplinaria, pecuniaria y, por qué no, responsabilidad social— está íntimamente vinculada al principio de independencia. La sociedad no puede hacer al juez responsable si como premisa del ejercicio de su función no lo ha dotado de independencia; se es responsable porque se es libre de elegir y, en materia judicial, se es responsable porque se es independiente y autónomo. Se insiste, si el sistema constitucional no otorgara al juez plena independencia, difícilmente lo podría hacer responsable.

73

La importancia de los principios de independencia e imparcialidad, en materia de justificación de la decisión judicial, atañe a que la imparcialidad, además de existir como una garantía, debe ser demostrada en el curso del debate; algo así como que “la mujer del Cesar no solo debe ser casta sino también parecerlo”. Como señala Taruffo²⁹, la decisión no es imparcial en sí misma, sino cuando ella demuestra serlo. Las condiciones de independencia y de autonomía del juez permiten afirmar la existencia de una imparcialidad presunta; la presunción de que el juez es imparcial es una condición esencial al ejercicio de la judicatura, una premisa sin la cual no es posible proclamar un sistema jurídico evolucionado. Pero esa presunción de imparcialidad tiene un lugar importante en donde debe ser demostrada y ese escenario es el de la motivación o justificación de las decisiones. Tal es el momento estelar o la oportunidad para demostrar la imparcialidad hasta entonces, solo presunta.

29 M. Taruffo, “La motivazione della sentenza civile”, Padova, 1975, p. 370.

Por supuesto, ese afán de demostrar imparcialidad puede llevar al juez a todo lo contrario: una sobreabundancia de argumentación innecesaria o de razones intrusas pero prolijas (argumentación superfetatoria), pueden desnudar las verdaderas flaquezas de una sentencia. No es extraño que un juez –y ello ocurre también en la vida diaria– que se propone demostrar neutralidad consiga lo contrario: todo se inicia con la afirmación de que el asunto, más allá de lo funcional, resulta indiferente al juez, le es enteramente ajeno, no tiene preconcepto o no hay contaminación alguna; pero cuando el juez oficie para demostrar esa neutralidad puede resultar que con su esfuerzo consiga acreditar que, efectivamente, había alguna distorsión o injerencia indebida o, por que no, un prejuicio o interés. Por ejemplo, ocurre con frecuencia que cuando hay una enorme presión mediática y el juez procura mostrar que los medios de información en nada afectan su neutralidad, consigue acreditar todo lo contrario. También hay un peligro cuando la decisión se adopta con un ojo puesto en las consecuencias; hecho particularmente relevante en un fallo de inconstitucionalidad, cuando el juez constitucional se refleja un escenario futuro con consecuencias críticas que le son advertidas desde los centros de opinión y de poder o cuando calcula o dejo de calcular las secuelas económicas de la decisión y, en función de ellas, se anticipa a las objeciones (prolepsis). De cualquier manera, asumimos como válido que la imparcialidad presunta tenga un lugar en el cual pueda demostrarse, porque existe, y ese lugar es la motivación. Una motivación serena, consistente, razonada y razonable imprimirá el sello de imparcialidad a la decisión, lo cual se consigue sin esfuerzos ni demasías innecesarias, sin exageraciones y sin estridencias retóricas

ARGUMENTACIÓN SUPERFLUA

Trataremos ahora de casos en los cuales se presenta exuberante información que no es pertinente para decidir. Claramente no se trata de argumentación falaz en tanto lógicamente las deducciones y derivaciones pueden ser impecables, formal y pragmáticamente³⁰. No hay defecto de razonamiento, ni hay argumentos inválidos, ni siquiera malos argumentos, ni de argumentación redundante; se trata por el

contrario de argumentos que nada tienen que ver con el asunto. Se alude a los casos en los cuales las sentencias están llenas de argumentos intrusos e impertinentes. En estas situaciones argumentativas se revela la inconsecuencia de algunas prácticas que se asumen en las sentencias y que son una verdadera desconsideración con los lectores. Por falta de espacio no reproduciremos sentencias específicas, pero sí mostraremos brevemente la forma de introducción de algunas decisiones con sobreabundancia de razonamientos innecesarios, muchas veces puestos en función de solapar, ¿porqué no? la ausencia de verdaderas razones.

Se dice, por ejemplo: “El contrato de ... es bilateral oneroso, conmutativo, solemne. La bilateralidad de ese contrato ha sido definida como... aunque modernamente ha evolucionado esa visión y se ha recogido para decantarse en que... La conmutatividad es una condición inherente al contrato según la cual... No obstante la sentencia será adversa al demandante porque no se demostró el incumplimiento del demandado. Como se puede inferir, es innecesaria toda mención a la naturaleza del contrato, porque nadie lo discute, el problema es de “hechos”, de incumplimiento de un contrato que ambas partes aceptan en sus connotaciones generales y del que sólo se debate el incumplimiento.

75

Otras sentencias comienzan con incursiones en el derecho romano, las pandectas, Justiniano, los glosadores, el derecho canónico, cuando el problema es, por ejemplo, de ilegalidad de la prueba practicada para demostrar un caso de lesión enorme. De nada sirve reciclar todo lo que la doctrina y la jurisprudencia han dicho sobre el homicidio si la única prueba de la comisión del ilícito es una confesión obtenida mediante tortura.

En resumen, estar consciente de que la sentencia es el lugar de encuentro de muchos intereses y miradas, es bastante útil para estar

30 Lo pragmático se refiere aquí a la relación entre los hablantes y el signo empleado para la comunicación.

en vigilia, porque la legitimidad del sistema se juega en cada uno de los fallos judiciales.





PRÁCTICA

Luego de leído el capítulo, el grupo debe abordar el examen colectivo de la utilidad que tiene y hacer las reflexiones necesarias. Siempre será importante la referencia al módulo de interpretación constitucional.

Planteamientos

Para debatir y responder en grupos, construir e intercambiar protocolos sobre las respuestas.

1. ¿Se escribe pensando en el consumidor de la sentencia?
2. ¿A quiénes se identifica como consumidores de la sentencia?
3. ¿Cómo controlar el nivel o tono comunicativo de la sentencia?
4. ¿Cómo controlar el uso del precedente?
5. ¿De qué depende el tamaño de la sentencia?
6. ¿Está acaso la legitimidad de la sentencia en proporción a su tamaño o extensión?
7. ¿Han leído todas las decisiones de la Corte Constitucional? ¿Alguien lo habrá hecho? Justifican respuestas.
8. ¿Han leído toda la producción de los órganos máximos de la jurisdicción, acaso para una especialidad?
9. Si no se ha leído el conjunto de las jurisprudencias, ¿por qué?
10. Si todos los órganos de la jurisdicción reproducen los fallos anteriores (precedentes), junto con los aportes de los demás operadores, ¿cuál será el volumen futuro de la jurisprudencia?
11. Coméntese el prestigio de citar precedentes judiciales en abundancia.

	<p>12. Coméntese sobre la conveniencia de discutir públicamente las sentencias judiciales.</p> <p>13. Coméntese si es posible demostrar la sujeción a la ley. Si todos los operadores se sujetan a la ley, ¿por qué razón hay decisiones diferentes aplicando la misma norma?</p> <p>14. Coméntese: efectivamente hay sujeción a la ley o el juez, mediante pirotecnia retórica, simula sujeción a la ley.</p> <p>15. Coméntese qué ha entendido por mimesis judicial.</p>
	<p>EJERCICIO</p> <p>Los participantes deberán analizar la siguiente providencia, de fecha 4 de diciembre de 2000, emitida por una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá. Para ello, deben:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Describir su estructura argumentativa, 2. Eliminar lo que consideren descripciones o argumentos innecesarios hasta dejar reducida la decisión a su mínima expresión, 3. Añadir otros argumentos que se consideren importantes, 4. Ensayar una decisión contraria, 5. Proyectar una decisión de tutela propuesta contra esa providencia al amparo de que con ella se viola el debido proceso por carecer de argumentación.

“Ha llegado a conocimiento de esta corporación el proceso ... promovido por..., en virtud de los recursos de apelación interpuestos, tanto por la parte demandada en el incidente, como el incidentante mismo; ambos recursos se intentan contra el auto de fecha 31 de enero del año 2000. LA PROVIDENCIA RECURRIDA. Mediante la providencia recurrida, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de esta ciudad condenó al demandante a pagar los perjuicios ocasionados a la demandada con las medidas cautelares que recayeron sobre los predios denominados Jaboque Alto y Jaboque Bajo, ubicados ambos

en el municipio de Engativá, bajo la consideración central de que en esta materia se ha implantado el llamado criterio objetivo, consistente en presumir que la mera consumación de la medida cautelar causa perjuicios.

e

Argumentó el Juzgado de primera instancia las pruebas recogidas, analizadas ellas en conjunto, lleva a la convicción de que el demandado sufrió un perjuicio real, particularmente por dejar de percibir los ingresos que normalmente produce un predio, en este caso por tratarse de un fundo apto para la explotación ganadera, actividad a la cual se dedicaban anteriormente los terrenos embargados.

Concluyó el Juzgado que tal perjuicio aconteció como consecuencia de la cautela y que los daños padecidos ascendieron a la suma de dieciocho millones novecientos quince mil seiscientos ochenta y dos pesos con setenta y tres centavos (\$18'915.682.73).

78

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita se revoque la providencia del a quo, puesto que considera que según el artículo 177 del C. P. C. le corresponde al interesado probar los elementos del daño y analizadas las pruebas practicadas dentro del proceso concluye que no se han demostrado tales elementos.

A juicio del demandante no existe relación de causalidad entre el hecho y el daño, toda vez que según reza la diligencia de secuestro, realizada en 1987, para esa época el terreno ya estaba en gran parte inundado, pues era terreno pantanoso y cenagoso, y que así no se hubieran practicado las cautelas, el predio hubiese corrido el mismo riesgo de inundarse con las aguas negras, vertidas por terceros que hicieron un poblamiento con construcciones ilegales. Agrega que hubo culpa del demandado y de terceros, de aquel al no dejar constancia en la diligencia de secuestro y por no pedir oportunamente la entrega del inmueble por parte del secuestre. También alega el demandante la culpa de los urbanizadores por violar las reglas propias del uso del suelo urbano.

Razona el demandante que no hay prueba para liquidar suma alguna por perjuicios, puesto que no se puede hacer una cuantificación sobre supuestos de hecho inexistentes, supuestos concebidos por los peritos pero carentes de soporte probatorio en el proceso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada argumenta que erró el Juzgado al concluir que todo el terreno estaba inundado, toda vez que en la diligencia de secuestro se estableció que era parte del predio la que estaba en esas condiciones. Además, añade el demandado, ahora incidentante en el reclamo de perjuicios, que en 1987 el terreno estaba inundado con agua natural no contaminada, producto de humedales compatibles con la presencia de pastos.

Razona el demandado que la parte en cuyo favor se decretaron las medidas cautelares y también aquel que está en la obligación de administrar el bien cautelado, son solidariamente responsables por los perjuicios que causen tales medidas. Agrega que según el artículo 510 del C. P. C., el legislador presume que se han causado perjuicios con la práctica de las medidas cautelares, y que en el incidente que se tramite para tal efecto la ley solo menciona que pueden intervenir incidentante (demandado) e incidentado (demandante), sin referirse en ningún momento al llamamiento en garantía de los posibles obligados solidarios.

79

Por último, aseguró que el Juzgado una vez decidida la alzada no dictó el correspondiente auto de obediencia a lo resuelto por el Tribunal, por lo cual al demandado no le fue posible iniciar de forma rápida el incidente de perjuicios ni solicitar la entrega del inmueble.

CONSIDERACIONES

En decisión de veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996) este Tribunal, en una de sus salas de decisión y en el proceso EJECUTIVO promovido por José del Carmen Torres Fernández contra Inversiones M. V. P., expresó: “La jurisprudencia nacional tradicionalmente ha juzgado que tratándose de responsabilidad civil extracontractual, derivada del abuso del derecho a litigar, es necesario demostrar la culpa, el daño y la relación de causalidad. Pero no está de más señalar que las anteriores exigencias son válidas como planteamiento general cuando el causante del daño haya obrado con temeridad o mala fe, o cuando haya errado culposamente en

la elección de los medios idóneos para adelantar su reclamación. En estas dos hipótesis deberá demostrarse la culpa a partir de la aplicación del artículo 74 del C. P. C. o del juzgamiento de la conducta negligente del causante del daño.

80 Pero la ley, en eventos especialísimos, es extremadamente rigurosa para con el litigante que fracasa. Uno de ellos es el previsto en el artículo 687 del C. P. C., precepto que impone al juez el deber de condenar al pago de los perjuicios causados con las medidas cautelares, sin averiguar la culpa en que incurrió el proponente de las medidas. En este caso especial, y en otros taxativamente legislados, se entronizó una especie de responsabilidad objetiva, por virtud de la cual no se indaga el grado de culpa del peticionario de las medidas cautelares, sino que se presume legalmente la misma. Por idéntica razón, la propia ley remite al artículo 307 del C. P. C. para proceder a la liquidación de los perjuicios. La anterior consideración excluye la posibilidad de que en el incidente autorizado para la liquidación de perjuicios, se haga alguna consideración sobre la culpa del demandante”.

Entonces, el cometido del peticionario en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C. debe encaminarse a acreditar el daño recibido y la relación de causalidad entre las medidas cautelares y aquel daño que se dice afectó al incidentante.

Corresponde entonces indagar en primer lugar sobre la prueba del daño padecido por la víctima, para lo cual es necesario reconstruir el itinerario de los hechos y los fundamentos probatorios de la reclamación.

Ubicados en el dominio de una reclamación por lucro cesante, y de esta naturaleza es la presentada por el incidentante, ha dicho la H. Corte: “El lucro cesante, como ganancias perdidas, aumentos frustrados”, “ganancia o provecho que deja de reportarse” (art. 1614 del C. C.), solamente constituye indemnización cuando, además de representar la privación de una utilidad económica o frustración de un beneficio patrimonial, de una parte, surge como “consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardar su cumplimiento” (ibídem), lo que constituye un daño general pero no necesariamente consecencial del daño emergente; y, de la otra,

que dicho menoscabo o detrimento patrimonial goce de la certidumbre, en el sentido que exista real y efectivamente en forma concreta, bien sea actual o presente, ora de manera futura, y no se limite a ventajas hipotéticas, eventuales, abstractas, utópicas o simplemente dudosas o contingentes, esperanzas infundadas de chances o el simple peligro dañosos (Sentencia 255 de 12 de julio de 1990).

Bajo esta perspectiva, para que la supuesta afectación del poder de disposición de la propiedad alcanzara la categoría de lucro cesante, debió acreditar el incidentante que el bien estaba destinado a ser vendido y que tal acto reportaba beneficios en una cuantía determinada, dato que no aparece demostrado en autos.

En reiterada doctrina se ha señalado las diferencias que se dan entre la responsabilidad contractual y vía extracontractual, figuras gemelas, fundadas ambas en el postulado general de derecho, según el cual nadie debe sufrir perjuicio por el hecho ajeno (*nemo ex alteria culpa praegravari debet*) y que son las dos fuentes de las obligaciones indemnizatorias impuestas por tal principio; pero que también tales figuras presentan entre sí rasgos diferenciales y son objeto de tratamientos jurídicos diversos, por ofrecerse ellas en situaciones fácticas igualmente diversas. En efecto, la responsabilidad contractual solamente tiene cabida en el campo del incumplimiento de los actos jurídicos, vale decir, en los eventos de inejecución total o parcial de las obligaciones que estos producen, o de la ejecución defectuosa o tardía de las mismas, cuando tales hechos son imputables a la conducta intencionada o culposa del deudor, a cuyo cargo se impone, entonces, la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por su acreedor. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene un ámbito mucho más amplio, como quiera que ella no presupone entre las partes la existencia de un vínculo obligatorio concreto nacido de un acto jurídico, sino que tiene observancia general en todos los casos en que la suprema regla del derecho *neminem laedere* resulte violada. Con otras palabras: por el solo hecho de vivir en sociedad pesa sobre toda persona el deber de comportarse honesta y prudentemente para que todas sus actuaciones, aun las legalmente permitidas, no rompan esa “justa proporción real y personal” que debe existir entre todos los asociados y de la

que depende la tranquila convivencia colectiva. Quien incumple este deber supremo, impuesto por la más primaria de las exigencias de vida social, inexorablemente contrae la obligación de indemnizar todos los daños que a otros haya interrogado con su conducta deshonesto o imprudente.

La afirmación de la responsabilidad civil extracontractual en que pueden incurrir quienes ejercen las profesiones liberales, distinta de la contractual a que también están sujetos por el incumplimiento de los convenios que con sus clientes celebren para la prestación de servicios, es tema también ya definido por la jurisprudencia dentro de los lineamientos de su aludida doctrina general. Así, en sentencia del 5 de marzo de 1940, la Corte declaró:

82

“El ejercicio de las profesiones liberales que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su realización y ejecución la responsabilidad civil del profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre este y su cliente no están circunscritas únicamente a una actuación pasajera y fugaz, sino que trascienden a la órbita más amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de estas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está condicionada a las normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan, por lo tanto, el ejercicio honesto de dichas profesiones. Sin la primera, la acción del profesional es científicamente censurable; sin la segunda esa acción puede convertirse en una actividad peligrosa.

“...arranca la responsabilidad del principio universal de derecho *neminem laedere* y comprende y abarca todas las materias concernientes a la actividad humana, según expresión de Lalou (La Responsabilité Civile): en la moral, en las relaciones internacionales, en el derecho público, en el penal y en el privado.

“El principio universal ya expresado, *neminem laedere*, en tratándose de la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual voluntario o no, que perjudique a terceros.

“De modo, pues, que la responsabilidad civil y por lo tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro. Esta da lugar y nacimiento a la responsabilidad contractual reglamentada en el Código Civil, especialmente en el Título XII del libro IV y a la extracontractual o aquiliana a que se refiere el título XXXIV, también del libro IV de dicha obra” (Gaceta Judicial número 1.953, página 117).

“Dentro del precitado orden de ideas, no es de recibo la confusión entre la responsabilidad contractual en que puede incurrir el abogado por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con su cliente al encargarse de la defensa en justicia de los derechos de este, tales como la de emplear honesta y diligentemente los conocimientos científicos y técnicos necesarios para que tales derechos logren el amparo judicial que merezcan, y la responsabilidad extracontractual que pueda derivarse a cargo de dicho profesional por los perjuicios que sus actuaciones intencionales o culposas puedan ocasionarle a terceros, entre quienes se cuenta la contraparte de su defendido, cuyos intereses legítimos también merecen respeto y están amparados por el postulado *neminem laedere*, expresamente consagrado por el artículo 2341 del Código Civil.

83

“Al establecer la ley las vías judiciales para que los particulares puedan hacer valer sus derechos, descarta, en principio, la responsabilidad de aquellos y de sus procuradores por el empleo normal de dichas vías según el clásico aforismo ‘a nadie perjudica quien usa del derecho y ejercita las acciones ordinarias’ (*neminem leadit qui jure sou utitur et ordinaria actione expeditur*).

“Por el contrario, quien litiga con temeridad o imprudencia manifiesta y quien emplea las vías de derecho con una finalidad distinta o desproporcionada de la que ha determinado su establecimiento, comete abuso que le acarrea la obligación de indemnizar los daños que así le irrogue injustamente a la contraparte. Y si esta responsabilidad se predica de los litigantes, quienes de ordinario están excluidos de las actuaciones forenses aun en causa propia, por carecer de la formación científica y técnica requerida para su propia defensa, como también para evitar el peligro que dichas actuaciones puedan entra-

ñar para la recta administración de justicia y para con el derecho ajeno, con mayores veras tal responsabilidad ha de afirmarse respecto del profesional de la abogacía, en quien se presume esa calificada idoneidad para el cumplimiento de su alta misión de colaborar con los jueces en la debida aplicación de las leyes y de los dictados de la equidad que las preside. La preceptiva de la responsabilidad civil extracontractual, en cuya cúspide se ubica el principio consagrado en el artículo 2341 de nuestro Código Civil, no admite distinciones: siempre que un daño injusto encuentre su causa única o concurrente con otras en actuaciones jurídicamente censurables, se impone la reparación en integral de dicho daño por el agente o agentes de tales actuaciones, sin que ninguno de estos pueda ser recibido a descargar su responsabilidad en la ilícita conducta concurrente de los otros o en el hecho de haber obrado por cuenta y riesgo de los mismos”. (Sentencia de 13 diciembre de 1968, Sala de Casación Civil. Ponente: Mag. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ)

Orientado este Tribunal por el marco normativo y jurisprudencial que acaba de trazarse, aborda enseguida el examen del caso específico que provocó la segunda instancia.

LAS FUNCIONES DEL SECUESTRE Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

Ausencia de relación de causalidad. Corresponde al Tribunal en esta ocasión decidir el reclamo puesto por una persona afectada con medidas cautelares, lo cual supone juzgar si los perjuicios recibidos se derivan directamente de la denuncia de bienes hecha en la demanda o, lo que es igual, determinar si existe relación de causalidad entre la conducta desplegada por el demandante y el daño recibido por el afectado.

El sistema establecido en nuestro procedimiento civil prevé la figura del secuestro, no sólo como medio para separar al demandado de la administración de los bienes, sino también para preparar la entrega de la cosa que eventualmente pueda ordenarse con ocasión de la compraventa en subasta, que se hace necesaria cuando el deudor se resiste a cumplir voluntariamente con la obligación de pagar la deuda.

El secuestro está regulado primitivamente en el Código Civil como una modalidad del depósito y consiste en la entrega que se hace

de un bien a una persona con cargo a restituirlo en beneficio de quien obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama secuestre según reza el artículo 2273 del Código Civil. Además, esta modalidad particular de depósito también se aplica a los bienes raíces porque así lo manda el artículo 2275 del referido Código Civil.

En desarrollo de los anteriores preceptos, y para fijar las obligaciones del secuestre-depositario, el artículo 2279 de la obra citada establece que el secuestre debe dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario. Este horizonte normativo se completa con el artículo 2276 del Código Civil, que clasifica el secuestro en convencional o judicial.

Este referente prescriptivo nos lleva directamente a indagar el tipo de relaciones sustanciales que se establecen entre el secuestre, como auxiliar de la justicia y las partes del proceso.

85

De conformidad con las normas citadas, el secuestre es un auxiliar de la justicia designado por el juez, y ello en principio pudiera llevar a pensar que las relaciones se establecen entre el secuestre y el aparato judicial, aunque en verdad las relaciones y responsabilidades del secuestre, como depositario que es, surgen con una de las partes del proceso, sin perjuicio de la adecuada vigilancia y control que el juez debe ejercer respecto de la actividad de ese auxiliar de la justicia denominado secuestre.

El escenario normativo arriba citado revela que existen las modalidades de este secuestro judicial y secuestro convencional, que inclusive este, el convencional, también se ha desarrollado en las leyes de procedimiento (artículo 9º numeral 4º del Código de Procedimiento Civil). Igualmente, la ley sustancial tiene establecido que el secuestre debe dar cuenta de su administración al futuro adjudicatario y debe tomarse por tal a quien resulte vencedor en el litigio. Se concluye de todo lo anterior que en el caso transitoriamente sometido al examen del Tribunal, el demandado que salió triunfador en el proceso ejecutivo no sólo tiene derecho a poner fin a las cautelas, sino a reclamar cuentas de la administración ejercida por el secuestre.

La concepción sustancial de la institución del secuestro está complementada por el Código de Procedimiento Civil, que establece la obligatoriedad para el secuestre de dar cuenta permanente del

resultado de su administración. Así, el artículo 10 del C.P.C. impone al secuestre el deber de depositar los dineros producidos por los bienes en la cuenta de depósitos judiciales y a órdenes del juzgado de conocimiento. Igualmente, el artículo 10 establece que el secuestre debe dar al juez un informe mensual de su gestión, sin quedar por ello exonerado del deber de rendir cuentas de su trabajo. El Código de Procedimiento distinguió entonces entre informes y cuentas de la gestión que debe rendir el auxiliar de la justicia, pero en cualquier caso estableció que la omisión del deber de rendir informes periódicos o de dar cuentas de la administración, son causal de relevo de la función y exclusión de la lista de auxiliares de la justicia.

86

El artículo 689 del Código de Procedimiento Civil establece que al terminar el desempeño del cargo, el secuestre debe rendir cuentas comprobadas de su administración dentro de los diez días siguientes. Igualmente, la norma establece que en cualquier tiempo el juez, de oficio o a petición de parte, puede disponer que el secuestre rinda cuentas.

Como síntesis de lo antes dicho, podemos concluir que cualquiera de las partes y el juez pueden reclamar aquellos y este ordenar de oficio, como instrumento de control de la actividad del secuestre, que el auxiliar de la justicia dé cuenta razonada de su gestión.

El artículo 688 del Código de Procedimiento Civil establece que las cuentas presentadas por el secuestre se tramitan como lo dispone el artículo 599 del mismo compendio procesal. Esta norma, propia de los procesos de sucesión, señala que una vez rendidas las cuentas de la gestión del secuestre, de ellas se correrá traslado a las partes por tres días, luego de lo cual pueden ser aprobadas.

En todo caso, si no existe conformidad de las partes respecto de las cuentas rendidas por el secuestre, el juez ordenará que se rindan en proceso separado.

Todo lo dicho hasta aquí señala que la actividad desplegada por el secuestre debe ser controlada por el juez y por las partes, pero es muy notorio que esa actividad de control corresponde más al futuro adjudicatario y, por qué no decirlo desde ya, al propietario de las cosas, que mientras no haya sido vencido en el litigio tiene el deber

de permanecer en vigilia respecto del destino que puedan tener los que son sus bienes. Entonces, el demandado puede y debe, más que nadie, reclamar al juez que el secuestre rinda cuentas de su gestión y, si nada de ello hace, no puede trasladar al demandante el resultado de una mala administración hecha por el secuestre. Nótese que si las cuentas hubieran sido presentadas por el secuestre y objetadas por el cliente o el demandado, ellas deberían rendirse en proceso separado, por que así lo manda los artículos 688 y 599 en el cual el único legitimado para accionar sería el demandado y propietario de los bienes secuestrados.

A todo lo anterior debe añadirse que las leyes de procedimiento tienen previsto, para proteger a las partes, que el secuestre deba prestar una caución y aun mejorar la prestada. La naturaleza y monto de la caución deben ser fijados por el juez mediante auto susceptible del recurso de apelación. Ello señala que están previstas procesalmente las seguridades y coberturas para conjurar una mala administración del secuestre y que si tal hecho se presenta, no puede asumir siempre el demandante la responsabilidad por ello. Como quiera que el demandado conoce de la existencia de la medida cautelar, se deduce que podía discutir plenamente la suficiencia de la caución prestada en su beneficio y que si no lo hizo, de ello no debe responder el demandante. Se desprende de lo anterior que los actos de mala administración del secuestre no tienen causa directa en la solicitud de la medida, sino en la inoperancia de todos los instrumentos de control que legalmente han sido previstos para impedir que esa mala administración ocurra, instrumentos que, valga repetirlo, estaban al servicio del demandado ahora promotor del reclamo por perjuicios y no precisamente del demandante.

De todo lo dicho anteriormente se puede concluir que entre la consumación de cautelares, por iniciativa del demandante, y el descalabro en la administración de los bienes secuestrados no hay una relación causal directa, en tanto el sistema que antes se ha descrito tiene prevista toda una serie de controles para que los bienes administrados por el secuestre mantengan su nivel de productividad. Presentado de otra manera, la consumación de medidas cautelares es condición necesaria para que exista el secuestro y por ello mismo condición

necesaria de una eventual mala administración. No obstante, aunque la consumación de las medidas es condición necesaria para que el daño se produzca, no es condición suficiente, en tanto para que ocurra el desmedro económico resultante de una nefasta administración, no basta con la realización de las cautelas, sino que es menester que concurra no solo una actitud negligente y desidiosa del secuestre, sino también la omisión del demandado, que tiene todos los instrumentos procesales para evitar el descalabro económico que ocurre en su presencia y con su silencio. Todo demandado que soporta un embargo puede y debe provocar, como ya se dijo, toda una serie de providencias tendientes a apartar al secuestre de su función, y a reclamarle cuentas, en el mismo proceso o en juicio separado, cosa que no hizo el demandado en este asunto. En resumen, no basta con la existencia de la medida cautelar para que de manera inexorable se genere un daño, sino que es menester la concurrencia de otros factores que escapan al control de quien solicitó y obtuvo la medida. Dicho con otras palabras, la mala administración no es un agravamiento del riesgo creado por el secuestro sino un riesgo enteramente nuevo, que se erige por sí en la causa del perjuicio. Por el contrario, quien reclama medidas cautelares cuenta con que el diseño de las instituciones procesales prevé los remedios para evitar actos de mala administración y a tal cuadro normativo se ampara. De esta manera, no se puede cargar al demandante con todo el peso del mal funcionamiento de las instituciones que han sido comentadas. Por lo demás, reiterase una vez más que el demandado, como propietario triunfador de la litis, tiene acciones para reclamar al secuestre la rendición de cuentas de la gestión, para lo cual no estaría legitimado el demandante.

Como epílogo de los anteriores razonamientos surge la descalificación de las pretensiones del incidentante, que ha omitido el deber de reclamar cuentas al secuestre como lo ordena la ley, omisión que lo inhabilita para trasladar el demérito económico al demandante.

Se ha planteado también en el incidente una reclamación por daño emergente, en tanto el inmueble fue anegado por el vertimiento de aguas negras realizado por urbanizaciones vecinas, que aprovecharon el menor nivel del predio para arrojar allí las aguas residuales, ocasionando un deterioro del inmueble. El daño reside en que la pre-

sencia continua de esas aguas inhabilita el inmueble para una explotación racional.

Sobre este particular la Sala advierte, en primer término, que el demandado participó en las diligencias de secuestro y que por lo mismo tenía conocimiento de la existencia del proceso, de lo cual se sigue que podía reclamar del secuestre las providencias necesarias para la defensa del inmueble. Pero además de lo anterior, en verdad, la medida cautelar no inhabilita al demandado para provocar, en su calidad de propietario, todas las medidas judiciales y administrativas tendientes a precaver las acciones que ejecutaban los vecinos. Es cierto que la administración del inmueble estaba confiada al secuestre, pero ello no implica que la defensa judicial del inmueble no pudiera ser realizada por el propietario. Este podía promover procesos administrativos encaminados a poner fin a los actos que ejecutaban los colindantes en desmedro de la heredad.

89

Pero si ello no fuera suficiente, de nuevo aparece un rompimiento del encadenamiento causal, en tanto la mera cautela no está directamente anudada a la conducta desplegada por los vecinos. En efecto, ninguna relación de causalidad puede establecerse entre la existencia de un embargo y la conducta dañosa ejecutada por los colindantes al verter aguas residuales y literalmente anegar la propiedad hasta convertirla en atarjea.

Es que el demandante cuando solicitó la medida cautelar, no podía tener en mente, no podía reflejarse siquiera como una situación hipotética, las acciones dañosas desplegadas por los vecinos que consisten, como ya ha quedado descrito, en arrojar desechos al inmueble. La actitud de los vecinos no era algo que pudiera prever el demandante al reclamar la medida ni sobre lo cual tuviera gobierno y control, pues tal tarea correspondía al propio demandado y subsidiariamente al secuestre. No puede el demandado en este asunto derivar provecho de su propia incuria, consistente ella en dejar de ejercer las acciones necesarias para restañar el daño que se estaba ocasionando al inmueble atendida la notoriedad del mismo.

Admitir la reclamación por daño emergente hecha por la parte demandada, sería tanto como decir que el demandante en un proceso

ejecutivo debería responder hasta por la ruina de un edificio causada por una construcción vecina. Reitérase que no hay siquiera una tenue relación causal entre la vigencia de una medida cautelar y las acciones ejecutadas por los vecinos. Se añade a lo dicho que tan solo el demandado se halla habilitado para reclamar de los vecinos la indemnización originada en la responsabilidad civil extracontractual a ellos atribuible, legitimación que descarta por sí sola la responsabilidad endilgada a la demandante. Para poder atribuir responsabilidad a la demandante por las acciones de terceros, sería menester demostrar que el demandado, en su calidad de propietario, intentó las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa judicial del predio y que no fue oído por la autoridad competente por la existencia de la medida de secuestro. Como no se ha demostrado que la medida cautelar haya sido un impedimento para que el propietario atajara el daño que se estaba causando a su predio, desaparece el vínculo causal idóneo para derivar responsabilidad a cargo del demandante.

Entonces son dos los motivos que tiene el Tribunal para desechar la petición de reconocimiento de daño emergente nacido de la inundación. En primer término, que son hechos exclusivos de terceros ajenos por entero a la parte demandante y descoyuntados causalmente de la existencia y vigencia de la admitida cautelar. A lo anterior se agrega que el demandado, no el demandante, es el único habilitado para ejercer la defensa judicial respecto de los vecinos y luego de producido el daño para reclamar de ellos la indemnización, invocando para tal efecto la responsabilidad extracontractual como fuente de las obligaciones.

Para fortalecer la existencia de un nexo causal, la parte demandada (incidentante que reclama perjuicios) acude a la teoría de la “equivalencia de las condiciones” o de la *conditio sine qua non*, según la cual bastaría con afirmar que de no haber existido la medida el daño no se habría producido. Aunque para demostrarlo en el escrito de sustentación se cita la obra de los hermanos Mazeud, la verdad es que esas autorizadas voces reproducen la idea de Von Buri sobre la teoría de la “equivalencia de las condiciones”, pero para combatirla por desacertada.

En efecto, unas pocas páginas después de la cita del autor alemán, los hermanos Mazeud expresan (página 23. T. 2 V. 2 Tratado Teórico y Práctico de Responsabilidad Civil): “Sin embargo, en la actualidad está permitido afirmar, sin vacilación, que esta tesis (la de la equivalencia de las condiciones) está rechazada. Está rechazada en lo concerniente a la responsabilidad por las cosas inanimadas... Es rechazada también en lo concerniente a la responsabilidad por el hecho personal. La Corte de Casación reconoce, en particular, que quien conduce un automóvil sin poseer permiso no es necesariamente responsable del accidente en cuya producción ha participado su coche; que, asimismo, el propietario de un carro de carreras, que circula sin autorización, no es necesariamente responsable de la colisión; que una empresa no es necesariamente responsable del accidente ocurrido a una persona que aquella emplea ilegalmente; que quien procede erróneamente a un embargo no responde de la malversación a la que se entrega el guardián de los objetos embargados ...”.

91

De lo hasta aquí transcrito se infiere, que los hermanos Mazeud no comparten la tesis de la equivalencia de causas sostenida por Von Buri, e invocada por quién reclama los perjuicios, pero lo más sorprendente es que de modo explícito desechan que quien solicita un embargo deba responder por la malversación ejecutada por el secuestre.

Como puede apreciarse, es cierto que la ley permite presumir la culpa del demandante cuando fracasa en una ejecución en que se han realizado medidas cautelares, pero de ello no se sigue necesariamente que deba responder de todas las vicisitudes o contingencias padecidas por el demandado, sino solo de aquellas que de manera directa se derivan causalmente de la existencia del secuestro.

Se ha planteado en este asunto una objeción contra el dictamen por error grave, pues se acusa que la pericia contiene falencias de tal magnitud que la hacen impropia para llevar al convencimiento del juez. A pesar de lo anterior, no hay pruebas, porque no fueran pedidas, para demostrar los errores que se endilgan al trabajo pericial. Puede ser que los auxiliares de la justicia hayan equivocado la adopción de algunos parámetros o la estimación de algunos hechos que dieron como

demostrados cuando estaban en duda, pero de ello no se sigue la existencia de un error, que no debe ser cualquier error, sino aquel calificado como grave, en tanto haya sido de tal magnitud que haya socavado los fundamentos mismos del trabajo, o sea absolutamente contraevidente con los hechos demostrados en el proceso. En ausencia de prueba del error grave, y aunque ello no comporta adhesión a los fundamentos de la pericia, hizo bien el a quo al desestimar la objeción.

De conformidad con lo antes considerado, se revocarán los numerales 2, 3 y 4 del auto de fecha enero 31 de 2000, para en su lugar desestimar las pretensiones del incidentante y condenar en costas al promotor del incidente.

92

DECISION

En mérito de lo expuesto esta sala de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR los numerales 2, 3 y 4 del auto de fecha 31 de enero del año 2000 proferido por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, por medio del cual se condenó a la demandante a pagar a la incidentante los perjuicios ocasionados con la prestación de una caución dentro del proceso ejecutivo de... contra ...

SEGUNDO: Condenar en costas de ambas instancias a la parte promotora del incidente. Tásense las de este grado”.

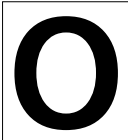
UNIDAD **3** Interpretación y argumentación

O

Como la función del derecho es la estabilidad de las expectativas y la predictabilidad, si decidimos con el mayor número de elementos de juicio, reducimos la incertidumbre. Una forma de reducir incertidumbre es tomar conciencia del proceso interno de deliberación que precede a la decisión judicial, la decisión misma, la narración y comunicación de lo decidido.

En esta unidad se presenta un boceto de la discusión que atañe a elucidar si se puede establecer una clara separación entre los conceptos de interpretación y argumentación. Aunque se perciba algo de densidad en su tratamiento, en verdad solo busca demostrar que el proceso de elaboración de la sentencia judicial es algo que puede ser soportado en algún esbozo de teoría del conocimiento pertinente para el acontecer jurídico. La costumbre, la fuerza inercial del quehacer judicial cotidiano, probablemente no nos permite ver que la construcción de sentencias es un proceso lleno de complejidades, dentro de las cuales hay ciertas regularidades que merecen la atención. Probablemente el objetivo de estas notas no sea otro que despertar la curiosidad del juez sobre las implicaciones teóricas de su trabajo; lo demás viene por añadidura.

La selección de este tema no es arbitraria, pues con ella se busca integrar el módulo a



otros afines y tratar de mostrar la continuidad del proceso, para ver que interpretación y argumentación no pueden estar ausentes en un esfuerzo que pretenda mostrar la estructura de la sentencia judicial.

Decidir racionalmente es decir desde el conocimiento y guiado por la lógica pretende excluir el azar y la arbitrariedad.

El aspecto medular de esta unidad está en el tratamiento teórico del proceso de conocer, debe tomarse como puramente informativo y la evaluación sobre el de debe ser reducida.

LOS CONTEXTOS DE DESCUBRIMIENTO DE JUSTIFICACIÓN

Interpretar y argumentar

Si abordamos la tarea de separar interpretación y argumentación, seguramente hallaremos problemas para trazar unos linderos precisos. Si se separan interpretación y argumentación, ambos como actos complejos, ha de admitirse alguna secuencia para anteponer la interpretación a la argumentación o viceversa, pues los dos procesos parece no suceden simultáneamente. Hay otro tipo de secuencia, un tanto circular, según la cual la interpretación precede a la argumentación, y una vez hecha esta, de nuevo surge una interpretación que recae esta vez sobre los argumentos.

Cabría igualmente preguntarse si es posible argumentar sin interpretar o interpretar sin argumentar, esta vez internamente como proceso de deliberación.

Manuel Atienza³¹ expresa a este respecto: “Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad llevada a cabo por jueces en sentido estricto, por órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o por simples par-

31 Atienza, Manuel “Las Razones del Derecho” Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991, pág. 20.

ticulares. Aquí, a su vez, cabría distinguir entre argumentaciones en relación con problemas concernientes a los hechos, o bien al Derecho (estos últimos, en sentido amplio, podrían llamarse problemas de **interpretación**). Puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones –los casos difíciles– relativas a la interpretación del derecho que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia. Ahora bien, la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los Tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica”.

95

Lo que revela el anterior pasaje es que para Atienza las argumentaciones concernientes al derecho aplicable son cuestiones relativas a la interpretación. No parece cierto que “los problemas concernientes a los hechos” queden por fuera de las teorías de la argumentación “jurídica”. A nuestro juicio, esto probablemente está al margen de las teorías “usuales” de la argumentación, pero la descripción y elección de los hechos relevantes, el análisis de la prueba de estos, no son un proceso neutral, sino que está mediado por formas argumentativas. La argumentación “jurídica” está referida a textos normativos, pero en el proceso no solo hay normas jurídicas, sino que hay hechos, y la interpretación de los hechos es fundamental para el trabajo de los jueces.

Atienza recurre a Reichenbach³² y desde la filosofía de la ciencia trae al campo de la interpretación las nociones de “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”. De esta manera, por un lado estaría “...la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría y que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se

32 H. Reichenbach. *The Rise of Scientific Philosophy*. Berkeley –Los Angeles. University of California Press. 1951. La cita es de Atienza “Las razones del derecho”.

genera y desarrolla el conocimiento científico, lo constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez”. Parece dudoso que el proceso de conocer no sea susceptible de análisis lógico. Sobre ello hay varias teorías, una de las cuales describe el pensamiento noético como “original” organización del pensamiento en forma “intuitiva”, como lo intencional de la experiencia.

La utilidad de estas reflexiones consiste en que el juez no decide desde la ignorancia sino porque conoce los hechos, estos se le revelan, ese “conocer” no es anarquico, hay teorías que lo explican, la que aquí se presenta es una de ellas.

96

Parecería entonces que la interpretación corresponde al contexto de descubrimiento y la argumentación, al de justificación.

Más extensamente se refiere a ello Letizia Gianformaggio:

“La distinción fundamental es obviamente la ya habitual entre

1 interpretación actividad;

2 interpretación producto³³.

1. Es el interpretar;

2.2. Es el resultado de interpretar. Pero (lo cual para mí es más importante ahora, e inusual) en la interpretación - actividad hay que distinguir entre:

1.1. Interpretación - actividad noética;

1.2. Interpretación - acto lingüístico;

1.3. Interpretación - actividad dianoética.

En consecuencia, en la interpretación - producto hay que distinguir entre

2.1. Interpretación - producto de la actividad noética.

2.2. Interpretación - producto del acto lingüístico.

2.3. Interpretación - producto de la actividad dianoética.

33 Cfr. G. Tarello, *L' Interpretazione...* Cit; II (la cita la hace Gianformaggio).

34 R. Guastini, *Lezioni sur linguaggio Giuridico*, Torino, Giappi Cehlili. 1985 pág.

102 (cita de Gianformaggio).

- 1.1. Es el “fenómeno mental de la atribución de un significado a un documento”;
- 1.2. Es la “adscripción de un significado a una disposición³⁴;
- 1.3. Es el “tipo de actividad que se dirige a elucidar el significado de un enunciado”. (En adelante, para simplificar, sustituiré “documento”, “disposición” y “enunciado” por “signo”: lo cual puede hacerse, creo, sin que ello prejuzgue nada).

Pues bien:

- 1.1. Es una aprehensión, una comprensión, un entender;
- 1.2. Es una enunciación de un enunciado interpretativo;
- 1.3. (Interpretación - actividad dianoética) es un razonamiento, una justificación, una argumentación³⁵.

97

En consecuencia:

- 2.1. Es un significado - lo que se entiende o se ha entendido;
- 2.2. Es también un significado, pero sólo si existen condiciones o criterios de validez del acto pues de otro modo, creo que es solo una adscripción de significado;
- 2.3. No es un significado, y no es una adscripción de significado, sino que es un enunciado o una proposición del tipo “S. (el signo S.) ha de entenderse como S’ (tiene el significado de S’))”, y es la conclusión de un argumento. como la anterior presentación se ofrece completa y poco entendible es menester su “traducción” mas sencillos.

Letizia Gianformaggio coincide con Atienza en recurrir a los contextos de descubrimiento y de justificación, para ello se asiste de Reichenbach: “Pues bien, quien acepta todavía esta distinción no puede dejar de pensar que el campo de estudio de la metodología jurídica es el contexto de justificación jurídica, y por lo tanto que el campo de estudio de la metodología de interpretación jurídica es el contexto de la justificación interpretativa del derecho. Y que (la) función de la

³⁵ Lo puesto entre paréntesis y lo remarcado pretenden demostrar que por lo menos hay una forma de ver la interpretación como argumentación.

metodología es la de especificar, o descubrir, o diseñar, o retocar, o solamente examinar el camino interpretativo que sigue el jurista; el trayecto interpretativo, el sendero que los juristas recorren al interpretar. O los caminos, los trayectos, los senderos: El método, en suma.

Entendido el método como camino, no se puede, sensatamente, estar “contra el método”. El camino, o los caminos, existen porque la gente se mueve. Tomemos en serio a la gente. El trayecto, o los trayectos interpretativos, existen porque los juristas interpretan. Tomemos a los juristas en serio.

98

Pues bien, ¿qué hace un jurista intérprete cuando interpreta con arreglo a lo que con este término, en cuanto término indicativo de una actividad, entiende el metodólogo?

Cuando hace esto, –interpretar– el jurista argumenta, es decir, produce, estructura, organiza argumentos interpretativos.

Este enunciado es una obviedad porque, con base en cuanto acabo de decir, es sinónimo de este otro: en el contexto de justificación de una interpretación jurídica, el jurista produce justificaciones interpretativas.

Sólo que, y con esto llego a la primera versión de la tesis fundamental de mi ponencia, no se puede de la segunda obviedad –o sea de la tesis según la cual la interpretación como actividad noética no es una actividad lógica– inferir que, entonces, la justificación interpretativa no es lógica sino, digamos, retórica.

Y además, y con esto llego a la segunda versión de la tesis fundamental de mi ponencia, no se puede de la tercera obviedad –o sea de la tesis según la cual no existen significados genuinos de los signos ni interpretaciones verdaderas– inferir que, entonces, “falta un criterio objetivo para aceptar una interpretación y rechazar otra”, si con ello se quiere decir que “los argumentos aducidos por los operadores jurídicos a favor de sus opciones interpretativas tiene carácter, no de argumentos lógicos, y por lo tanto incuestionables, sino más

36 Letizia Gianformaggio, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica”.

bien de argumentos retóricos, como tales más o menos persuasivos en relación con el auditorio y con una variedad de circunstancias”³⁶.

Originalmente, lo noético tiene que ver con el pensar acerca del pensar, el pensar objetivo o algo así como la ciencia de las leyes del pensar. También se la toma como pensamiento intuitivo. En otra dirección, lo dianoético es pensar por razones, no es pura inteligencia, es pensamiento discursivo, no es la captación intelectual inmediata de la realidad como la noesis. Letizia Gianformaggio, en nota de pie de página del texto antes citado, reconoce que los términos noético y dianoético le fueron sugeridos por Amadeo Conte y que no conoce mucho del pasado de ellos. No obstante, las expresiones noético, dianoético, noema, noético, noemático, noema, dianoia son muy antiguas. Todo ello, creemos, se corresponde con las nociones de contexto de descubrimiento y contexto de justificación y la tesis de Reichenbach de que la tarea de la psicología es saber cómo tienen lugar los procesos de pensar, mientras que la epistemología procura construir los procesos del pensar como deberían ocurrir si hubieran de ser dispuestos en un sistema consistente, una reconstrucción de un pensar mejorado, una reconstrucción racional.

99

En oposición a Reichenbach, Hanson afirma que los procesos de descubrimiento no son arbitrarios ni vienen por azar, sino que hay una especie de lógica mínima del descubrimiento.

Por su parte, Peirce sostiene que los procesos mentales, de descubrimiento y de justificación o explicación son inferenciales en tanto pueden proveerse razones para las inferencias, las que son en sí mismas razones. Dice Peirce que psicológicamente puede haber precedido una intuición o una conjetura, pero que ellas mismas son explicables lógicamente y la lógica va más allá de los procesos deductivos.

La abducción (Peirce) puede tomarse como las razones que llevan a la conjetura; con ella se forman teorías y por inducción se pueden hallar hechos confirmatorios de esas teorías.

Si alguna utilidad pueden tener estas notas es señalar la dificultad de ahitar los dominios de la interpretación y la argumentación en

atención a lo penumbroso de los umbrales que los separan. Como antes se dijo, probablemente la interpretación acontece en un contexto de descubrimiento. Por el contrario, la argumentación estaría en el dominio del contexto de justificación de lo que fue descubierto, lo cual comporta la narrabilidad del proceso de descubrimiento.

Hallaríamos mayor comodidad frente a lo que acaba de exponerse sencillamente planteando que el juez debe conocer para decidir. Cómo conoce el juez, como aprehende ese saber necesario sobre los hechos o sobre el genuino sentido de una norma es un proceso complejo que se ubica en un contexto de descubrimiento que es interno. El sujeto cognoscente, cuando conoce no está pensando en cómo le llega el conocimiento, pues no puede a un tiempo “conocer” y explicar que se está revelando ese conocimiento. Sencillamente conoce y luego aborda la tareas de explicar la forma como asumió ese conocimiento, es decir justifica y argumenta

100

CONCLUSIÓN

El conocimiento es la premisa necesaria a toda decisión, en este caso para la decisión judicial si ella quiere mostrarse como racional, y por lo mismo mínimamente controlable por cotejo. Por ello es necesario tomar en cuenta cómo se realiza el proceso de conocimiento sobre los hechos, no solo en un nivel próximo a la actividad psicológica, más intuitiva (noesis), sino en un plano epistemológico regulado por alguna norma o método. El pensamiento intuitivo o conjetura no es anárquico, está mínimamente guiado. Peirce usó el término abducción (retroducción) para referirse a un proceso inferencial diverso de la inducción y la deducción. Peirce da varios ejemplos, uno de ellos relativo al observador que entra en un cuarto y halla dos sacos, uno con balones rojos y otro con balones azules, y un balón azul en el suelo. El observador puede inferir de manera inmediata que el balón azul cayó o proviene del saco que contiene los balones azules y después entrar a justificar la inferencia. Otro ejemplo de Peirce, adecuado a nuestra geografía: Los vestigios de animales marinos en la ciudad de Villa de Leiva, señalan que alguna vez hubo agua salada y que fue lecho marino. Las justificaciones vendrían después.

e

Con fundamento en la parte considerativa de la sentencia C 543 de 1° de octubre de 1992, hacer la siguiente práctica:

Dividir en grupos a los participantes, luego de la lectura de la sentencia hallar: a. Todos los argumentos, b. Clasificarlos entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, c. Comparar las conclusiones de los grupos, d. Acordar si *ratio decidendi*, es única en este caso e. Buscar en la parte resolutive si existe algún tipo de modulación, sentencia condicionada, aditiva o manipulativa, f. Buscar modulaciones, condiciones, adiciones o manipulaciones en la parte motiva de la decisión.

Someter a debate las siguientes conclusiones:

1. La norma que permitía la acción de tutela contra sentencias judiciales fue expulsada del ordenamiento.
2. Al desaparecer la permisón surgió una prohibición, de legislar para consagrar de nuevo la acción de tutela contra sentencia judiciales, artículo 243. CP
3. Al legislador le está prohibido restablecer la disposición declarada inexecutable, mientras subsistan en la Carta política las disposiciones que dieron origen a la declaración de inconstitucionalidad.
- 4.- Si el legislador no puede reproducir la ley declarada inexecutable, podría hacerlo la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional en un caso concreto, sin violar la cosa juzgada constitucional.
5. Cuando se concede el amparo contra una sentencia judicial se supone que hay una norma que habilita esa competencia. Ver artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 declarados inexecutable.
6. La Corte constitucional en la sentencia 543 de 1992 expulsó del ordenamiento los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591, puede

e

hacerse ahorra algún tipo de modulación, condicionar o modular el fallo.

7. Corresponde a cualquier juez, en cualquier tiempo, hacer las modulaciones que la sentencia 543 de 1992 no hizo.

8. El artículo 24 del Decreto 2067 de 1991 permitía que, a pesar de la declaración de constitucionalidad, en cualquier tiempo los jueces podrían pedir a la Corte Constitucional que aclarara “los alcances de su fallo”. Esa norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. A pesar de lo anterior, cualquier autoridad judicial o la Corte Constitucional puede seguir interpretando la sentencia C 543 de 1992 para extraer de ella conceptos como defecto fáctico, sustantivo u orgánico.

9. El artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 establecía que “La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas”. Esta regla también fue declarada inexecutable, pues ni en ese ni en ningún otro caso era posible el amparo contra sentencias judiciales. Podría hoy el legislador pasar una ley estatutaria regulando que hay tutela contra sentencias judiciales por defecto sustantivo, aunque con ello produzca un acto declarado inexecutable, también podría hacerlo el juez.

10. Es la acción de tutela contra sentencias judiciales una para creación judicial – PRETORIANA– y por lo mismo reducida al máximo

11. Triunfaron los Salvamentos de Voto de la sentencia C.543 de 1° de octubre de 1992.

UNIDAD **4**

Características de un modelo teórico de la estructura de la sentencia judicial

O

No es factible proseguir en la arquitectura posible de una sentencia judicial sin sentar una base teórica mínima. Una radiografía de la decisión judicial supone un soporte doctrinario que dé cuenta, al menos en mínima parte, que tras el modelo o estructura hay un marco coherente que explica la presencia de algunos elementos de la decisión, el orden como son presentados y la pertinencia de cada uno de ellos.

Para ello seguimos la idea de modelo concebida por el profesor Jerzy Wróblewsky. Entre otras obras de este autor hallamos Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Madrid, 1985; y Sentido y hecho en el Derecho, San Sebastián, 1989. Por supuesto que la escasa fortuna que pueda tener el desarrollo de la idea, aplicada a nuestro medio, es toda responsabilidad del autor de estas líneas.

103

EL DERECHO EN SEDE JUDICIAL

Se trata de dar elementos que atañen al momento de aplicación de las reglas del derecho sustancial, creadas ex ante, y en lo posible dar cuenta del valor agregado que se pueda adicionar en esta etapa de aplicación.

Premisas del Modelo

Proponemos ahora describir brevemente los elementos definitorios de un modelo o metodología de la decisión.

1. El juez aplica un conjunto de reglas del derecho sustantivo; reglas que pueden estar estructuradas de modo que constituyan una institución como el contrato, el matrimonio, el delito, el acto o contrato administrativo, la responsabilidad, la imputación u otra semejante. El juez puede descubrir o crear esa estructura a partir de reglas sustanciales que le dictan la manera como debe seleccionar, entre una constelación de normas, aquellas que organizadas con algún tipo de coherencia sistémica originen un hecho institucional³⁷ que igual puede llamarse contrato o delito.
2. El juez tiene la capacidad de determinar las consecuencias de los hechos probados, pues en ello reside su competencia.
3. La decisión es tomada en una situación de incompatibilidad o de confrontación entre intereses antagónicos. Cuanto mayor sea la confrontación y la dificultad más grande es la necesidad de intervención del juez. Los casos pacíficos no van a la justicia. Se descarta aquello que se conoce como jurisdicción voluntaria, de la que está ausente el conflicto.
4. La conducta del juez debe sujetarse a unas reglas procedimentales como condición previa a la decisión. Entre esas reglas está descartada la no decisión³⁸ como resul-

³⁷ La expresión Hecho Institucional es tomada de Jhon Serle, que distingue entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Estas últimas conforman un hecho institucional. La idea es la misma que se enuncia como juego de lenguaje de determinado tipo.

³⁸ "El sistema jurídico moderno impone al juez a la vez la obligación de juzgar so pena de denegación de justicia" c.fr. art. 4° del código napoleónico, art. 258 del código penal belga, y el de motivar sus juicios. Perelman Chain. Justicia y razón.

tado, donde cuentan las limitaciones temporales³⁹; no se puede debatir *ab aeternum*. La certidumbre es necesaria para esta generación; no espera para la siguiente, que tendrá otros afanes. Igual cuenta que la observancia de las reglas procesales no asegura el acierto en la elección, pero constituye cierta garantía que aleja del error, mayores debates, mayor deliberación aumentar lo posible de acierto.

Elementos básicos del modelo que, debidamente conjugados, lo constituyen o lo integran:

1. Selección de un elenco normativo, determinación de la validez y pertinencia de cada norma de derecho sustantivo que pueda resultar relevante para la solución del caso. Implica superar problemas de derogación, de incompatibilidad de normas y de ausencia de norma.
2. Reducción de los diversos sentidos que pueda tener la norma a un significado específico y concreto. Luego de tal reducción, acotación o limitación de sentido, la regla o conjunto de reglas seleccionados es usado como si hubiera sido creado *ex profeso* y de modo exclusivo para resolver el caso concreto sometido a la potestad del juez. Podría pensarse que se trata de despojar la norma de su carácter general y abstracto y adecuarla a la situación que se juzga, la regla del caso como derivación de la ley general.
3. Determinación del cuadro de hechos que orientan la selección de la norma, precisando cuáles fueron probados y describiéndolos en el concierto de las normas sustantivas

105

39 Alexy plantea que el discurso jurídico, como caso especial del discurso práctico general, se desarrolla en condiciones limitantes. "Aquí los roles están desigualmente distribuidos: la participación, por ejemplo, del acusado no es voluntaria, y el deber de veracidad está limitado. El proceso de argumentación está limitado temporalmente y está reglamentado por medio de las reglas procesales". Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, pág.206. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Alexy cita las observaciones de Rottleuthner sobre los términos procesales como restricción de las posibilidades del discurso jurídico.

aplicables. En este segmento cabe toda la discusión sobre argumentación acerca de los hechos⁴⁰.

4. Creación de la regla del caso concreto y su coincidencia con la norma genérica que se considera aplicable. Esa regla pretende ser la expresión de un principio con pretensión de erigirse en la norma controlante (como precedente) de casos posteriores por adoptar el carácter de *ratio decidendi*. El profesor Diego Eduardo López Medina plantea a este propósito⁴¹: “La *ratio decidendi*, según formulaciones alternativas que ha dado la Corte Constitucional al respecto, son aquellos apartes (i) que establecen el principio general de la decisión tomada (SU-047/99), (ii) que guardan unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia (C-131-93) o (iii) que están íntima e indisolublemente unidos con la parte resolutive de la sentencia (C-038/96)”.
5. Determinación de las consecuencias jurídicas de los hechos probados y del grado de coincidencia con la norma abstracta que ha sido elegida previamente como aplicable al caso.
6. Decisión final de aplicación de la norma.
7. La norma creada como resultado de la aplicación es una especie de subregla que, ampliada o expandida de nuevo, debe coincidir con la norma de origen, en tanto es una derivación de esta. Esto implica la posibilidad de universalizar la subregla que orientó la decisión, mediante un recurso de expansión del precedente, de modo que resulte aceptable para casos futuros por coincidencia factual. Sobre las maniobras de ampliación (*following*), distinción (*distinguishing*), am-

40 En esta materia se pueden consultar Wróblewsky, Jerzy. Sentido y hecho en el Derecho. México. Fontamara. 2001; Ibáñez, Perfecto Andrés. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En Doxa No.12. Y Carpintería de la sentencia penal; Gascon Abellán, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 1999

41 López Medina, Diego Eduardo. “El derecho de los jueces”. Ediciones Uniandes-Legis. Pág. 106

pliación (*broadening*) o estrechamiento (*narrowing*) de la fuerza de los precedentes, nos remitimos al admirable estudio del profesor Diego Eduardo López Medina citado anteriormente⁴².

SEGMENTOS DE LA DECISIÓN O DECISIONES PARCIALES

- I Decisiones de validez.
- II Decisiones de interpretación.
- III Decisiones de prueba.
- IV Decisiones de elección de consecuencias.

107

La subsunción o adecuación del cuadro de hechos a la hipótesis abstracta de la norma o regla concreta que ha sido creada, es una decisión resultante de un proceso anterior que se torna irreversible.

La decisión final debe mirarse en función de las decisiones parciales, o fragmentos de decisión, para ver si aquella explica y justifica cada una de estas, en función de una decisión final sin hiatos. La experiencia indica que la decisión es como un vector resultante de la suma de decisiones parciales que llevan todas un sentido aglutinante “x”, y que se necesitan recíprocamente.

ESTRUCTURA DE CADA ELEMENTO O FRAGMENTO DE “LA DECISIÓN”

Los que denominamos elementos o fragmentos de la decisión son decisiones parciales o fraccionales; y la sentencia judicial, en el modelo que se describe y que parece estar presente en el trabajo judicial, es la sumatoria de decisiones parciales. No nos referimos a las decisiones que se toman en el decurso del proceso para hacer que este

⁴² Del mismo autor. Interpretación constitucional. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial. Universidad Nacional. Año 2002, obra en que también se trata el tema del precedente, incorporando en el análisis la sentencia 836 de 2001, sobre la exequibilidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, sobre tres decisiones uniformes de la Corte de casación como doctrina probable.

avance, sino a que la decisión, la sentencia como epílogo del proceso, es la resultante de anudar una serie de decisiones micro que van guiando al juez hasta la decisión final. La decisión final es la articulación o conjugación de muchas decisiones parciales con sus propias dinámicas y, en no pocas ocasiones, guiadas por intereses fragmentarios. La sentencia es el lugar de todas las decisiones parciales y, necesariamente, esas decisiones fraccionales influyen y afectan de modo determinante el sentido de la decisión porque son parte de ella misma. La suma de decisiones fraccionales genera un plus mediante una especie de sinergia que contribuye a la decisión final.

108

Normalmente, usamos como intercambiables los términos sentencia y decisión, y en efecto hay un sentido en el cual son intersustituibles; pero en el modelo que estamos describiendo, la sentencia viene a ser el *loci* en el que suceden muchas decisiones, entre ellas la decisión final entendida como el cierre o agotamiento de la jurisdicción, momento en el cual se resuelve el problema jurídico modular del proceso o se construye la respuesta a un interrogante capital.

La sentencia es como un campo de batalla en el que compiten interpretaciones, opciones y alternativas antagónicas. La exigencia de motivación⁴³, como ya vimos, está vinculada a que el juez muestre el camino seguido, señalando minuciosamente el método empleado a cada paso, pues tales pasos son controlables en tanto deben obedecer a un criterio de racionalidad. No basta con que la decisión final se muestre justa o aceptable, también cada decisión fraccional o seg-

43 Resulta interesante determinar el alcance de la exigencia de motivación en las sentencias que se producen en equidad. El artículo 38 del C. P. C. establece los fallos en equidad "si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces o la ley lo autoriza". El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 autoriza recurrir a la equidad, como principio. El artículo 1 del Decreto 2279 de 1989 autorizaba el laudo arbitral en conciencia. El artículo 111 de Ley 446 de 1998 retornó al concepto de laudo en equidad.

Alexy comenta que desde 1977 está vigente en Alemania la posibilidad de renuncia a la fundamentación de la sentencia, renuncia que solo se explica a partir del deber básico de fundamentación previsto en el apartado 331 de la ZPO. (Teoría de la argumentación jurídica, al pie de la página 208).

mento de la decisión debe mostrar su propia coherencia. El modelo podría presentarse así:

$$D = d_1, d_2, d_3, d_4, d_5, d_6, \dots, d_n$$

Las convenciones para entender el modelo son elementales: D sería la decisión final, la elección final que el juez hace entre varias opciones concurrentes, momento en el que se agota la jurisdicción con pretensiones de cosa juzgada; usualmente implica optar por alternativas antagónicas del tipo inocente o culpable, acceder o negar las pretensiones, constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma. En este momento la disyuntiva normal es todo o nada, sin matices, pues el epílogo de la decisión es, generalmente, por la inclusión o exclusión total, no son posibles transacciones entre intereses contrapuestos ni puede el juez sustraerse a la decisión.

109

Pero, mientras la decisión final es incompatible con el reconocimiento de matices, las decisiones fraccionales tienen algún margen de elección que implica poder acoger las tonalidades en tanto no todo se resuelve de manera dicotómica.

Las convenciones d_1, d_2, d_3 representarían esas decisiones fraccionales y los subíndices describen decisiones parciales de contenido diferente. Así, las decisiones del tipo d^1 podrían ser decisiones parciales sobre la vigencia de alguna norma a un precedente aplicable al caso⁴⁴; las del tipo d^2 pueden representar decisiones sobre la selección de los hechos relevantes; las decisiones del tipo d^3 podrían ser sobre la prueba de los hechos; las d^4 serían decisiones sobre la validez de las normas aplicables; las d^5 podrían ser sobre la eliminación de antagonismo de normas o de jerarquía entre ellas...

El modelo de decisión $D = d_1, d_2, d_3, d_4, d_5, d_6, \dots, d_n, \dots, d_{n+1}$ (son muchas, pero numerables) señala que la variable de respuesta D está condicionada por el comportamiento o presencia de las variables $d_1, d_2, d_3, d_4, d_5, d_6, \dots, d_n, \dots, d_{n+1}$. Ello significa que la respuesta o decisión del sistema está subordinada, básicamente, a lo que ocurra

44 La sentencia puede depender de una decisión parcial que en materia de precedentes decidió que un argumento debe ser tomado como *ratio decidendi* y no como un mero *obiter dicta*, o que por el contrario desechó erradamente una *ratio decidendi* porque entendió que era apenas un *obiter*.

con la elección de las normas aplicables al caso y con las decisiones parciales sobre los hechos relevantes o sobre los hechos probados, así como sobre la incompatibilidad de normas. Una decisión parcial podría ser, por ejemplo, resolver que hay una laguna normativa, pues ello implica la necesidad de seleccionar (decisión) métodos para evadir la laguna, y todo ello tiene honda incidencia en el resultado final de la decisión; influirá en el resultado final también si el intérprete-aplicador decide que no hay laguna.

Al modelo de decisión se le pueden añadir operadores adicionales para cada una de las variables $d_1, d_2, d_3, d_4, d_5, d_6, \dots, d_n, \dots, d_{n+1}$, a manera de subíndices que midan la incidencia que cada una de las variables tiene en la decisión final. Una vez agregado el nuevo indicador, el modelo quedaría así: $D = \&d_1, \&d_2, \&d_3, \&d_4, \&d_5, \&d_6, \dots, \&d_n, \dots, \&d_{n+1}$; donde el signo $\&$ representaría el grado de incidencia o peso específico que tiene cada variable d en la decisión final o respuesta D .

A manera de ejemplo, los errores de decisión, al dar como demostrado un hecho sin estarlo, producen un tipo especial de consecuencias para el recurso de casación porque tienen una incidencia de grado $\&$ en la decisión final. También los errores de decisión, al definir que una norma ha perdido vigencia o ha sido derogada, generan una forma especial de violación de la ley; por ello la variable d^3 tiene un peso $\&$ en el sentido final de la decisión. De la misma manera, los errores, al originar una laguna donde no la hay, llevan a dejar de aplicar la norma aplicable al caso, con consecuencias diferentes para el recurso de casación, sea en materia civil, penal o laboral; y lo propio ocurriría en materia de lo contencioso-administrativo en lo que atañe al recurso extraordinario de súplica de que trata el artículo 194 de la Ley 446 de 1998, el cual, en lo fundamental, guarda similitud con la causal primera de casación en las demás materias.

DECISIONES PARCIALES DE SELECCIÓN NORMATIVA

La selección normativa ocurre en el momento de la sentencia, cuando definidos los perfiles del caso acomete la escogencia de las

normas aplicables al caso, actividad que supone la posibilidad de conocimiento de un universo normativo de donde se toman las normas que regulan la materia. Ello no implica, en un primer momento, resolver problemas de antinomia ni de vigencia; tampoco corresponde necesariamente, en este momento, establecer la jerarquía de las fuentes formales del derecho; se trata, en concreto, de una búsqueda de todas las normas que objetivamente regulan la materia.

En esta búsqueda pueden surgir problemas derivados de la amplitud del conjunto de normas reguladoras. Si el campo de las normas que regulan la materia es muy vasto, probablemente transitamos un medio saturado, por lo que habrá una mayor posibilidad de antinomias y dificultades para determinar las normas vigentes. Un dominio densamente reglado por el legislador parece facilitar las cosas para el juez, pero colateralmente genera mayor posibilidad de contradicción normativa.

111

Una regulación legal minuciosa y prolija, producida en tiempos diferentes, puede generar un conflicto de normas antagónicas sobre la misma materia y problemas de derogación, es decir, incertidumbre sobre la vigencia de normas que se suceden unas a otras en el tiempo. La saturación del campo ofrece tantas promesas como peligros.

Si el campo no es saturado, es decir, está poco reglado, habrá mayor amplitud para la analogía, la aplicación de los principios, el uso del precedente y la creación judicial del derecho. En suma, el laberinto normativo que puede resultar de la saturación del campo es tan inconveniente como el vacío normativo; el juez se mueve entre la saturación y el vacío, pero ambos le ofrecen dificultades.

La atipicidad resuelve anteladamente las lagunas cuando se trata de juzgar una conducta penal, pues las conductas no típicas son irrelevantes para el juez penal. Principios como el de permisión, lo que no está prohibido está permitido, la analogía y otros instrumentos similares buscan evitar el vacío normativo y lograr la plenitud del ordenamiento jurídico en el universo no penal.

Lagunas artificiales

Un error frecuente, contra el cual debemos estar alerta, consiste en afirmar equivocadamente la existencia de una laguna normativa; por tal camino el juez opta por una decisión no vinculada

legislativamente, bajo el pretexto de que ninguna ley ilustra el caso. Por supuesto, se trata de una decisión parcial con una mayor incidencia del factor & en la respuesta final, error que puede tener origen en una genuina ignorancia, situación en la que el juez desconoce objetivamente la existencia de la norma controlante del caso o porque no tiene acceso al precedente. También se pueden crear lagunas artificiales y por ese camino eludir el principio de legalidad (salvo en penal), bajo la afirmación de que la norma no está vigente, es inconstitucional o no regula precisamente el caso sometido a la decisión del juez.

112 Hay una decisión parcial o fragmentaria cuando el juez elige el marco normativo o resuelve que se configura una laguna normativa y esta decisión parcial puede tener un peso definitivo sobre la decisión final. Es apenas esperable que el resultado final esté contaminado por aquella decisión parcial mediante la cual el juez configuró, artificialmente o por error, un caso de laguna o vacío normativo. Es el caso típico de falta de aplicación que lleva a la violación de la ley y se erige en causal de casación admitida en los ámbitos penal, civil, laboral y, atendiendo a sus especificaciones, en el contencioso-administrativo suscitará el recurso extraordinario de súplica.

Sobra añadir que el resto del proceso de selección de las demás premisas y la inferencia que se haga con cualquier aparato lógico podrá ser impecable; pero la respuesta será siempre errada si en un momento específico el juez toma la decisión de crear una laguna artificial, pues ello contamina todo el proceso. No obstante, cabe la posibilidad de que la laguna creada artificiosa o artificialmente sea sustituida o cubierta con reglas creadas judicialmente que coincidan plenamente con las omitidas. En una hipótesis semejante, el error (crear una laguna artificial) no tiene ninguna incidencia en la decisión final, aunque se resiente el principio de sujeción estricta a la ley: el juez puede llegar a un resultado feliz porque creyó crear la norma para el caso, *ex nihilo*, cuando la hipótesis ya estaba regulada, solo que el juez en su actividad creadora coincidió con el legislador y llegó al mismo resultado al que hubiera llegado si hubiese aplicado la ley vigente o el precedente. Es un caso afortunado, un final feliz que demuestra una patología en la motivación, pero una conclusión correcta hallada por azar

LOS HECHOS Y LA SELECCIÓN DEL MARCO NORMATIVO

El momento de elección (decisión) de un horizonte normativo para guiar la decisión final está subordinado a una lectura de los hechos, pues no se puede elegir un repertorio de normas sin un referente factual. Ello significa que el juez que elige el conjunto de normas aplicable, o configura el campo normativo, tiene puesta la mirada en los hechos, porque sin ellos no podría elegir un referente legal.

Cabría preguntarse si la concepción del marco normativo toma como referencia los hechos de la demanda, los hechos probados en el proceso o los hechos de la acusación o requerimiento fiscal en materia penal. Aunque los controles sobre pertinencia de la prueba sugieren que los hechos probados en el proceso deben ser los mismos afirmados en la demanda, en la resolución de acusación o el requerimiento fiscal, no siempre es así.

113

Cuando el juez aborda la tarea de dictar la sentencia, tiene un cuadro de hechos probados que puede exceder a los hechos planteados en la demanda o en la resolución de acusación; la disparidad entre hechos afirmados en la demanda y hechos probados pone al juez ante la disyuntiva de seleccionar el referente fáctico para la estructuración del marco normativo. Esta disparidad entre hechos propuestos en la demanda y hechos probados lleva directamente al tema de la incongruencia, a menos que determinado sistema permita decidir *ex officio* más allá o por fuera de lo pedido.

Igual acontece con la selección de la norma penal aplicable cuando hay disparidad sustancial entre los hechos que nutren la resolución de acusación (con las modificaciones posibles en la etapa del juicio) y los hechos probados finalmente.

La disparidad entre los hechos planteados en la demanda (resolución de acusación) y los hechos realmente probados puede generar dos tipos de situaciones: puede acontecer que haya un verdadero déficit probatorio en tanto no se hayan probado todos los hechos anunciados en la demanda o en la resolución de acusación (con sus modificaciones): en materia penal, por ejemplo, el déficit probatorio, en lo que concierne a los elementos básicos estructurantes del tipo penal, debería llevar a la absolución.

Pero también puede suceder que, a pesar del déficit probatorio con relación a la resolución de acusación, con los hechos probados sea posible configurar una conducta delictiva diferente de la que subyace en la resolución de acusación (requerimiento fiscal). En tal caso, la solución debe ser también la absolución, sin olvidar la posibilidad debatible de decretar la nulidad del proceso para retornar al momento de la acusación y ajustarla a la nueva realidad, en este caso en desmedro del derecho de defensa del procesado.

114 Si el déficit probatorio se refiere a lo que algunos llaman dispositivos amplificadores del tipo penal –como serían los hechos demostrativos de causales de agravación genéricas y específicas, coparticipación, codeincuencia, determinación o instigación–, todo indica que probados esos hechos se puede seleccionar el marco normativo que regula la materia, atendiendo a los hechos probados, aunque no hayan sido anunciados en la resolución de acusación (requerimiento). La selección de ese marco normativo no implica, en modo alguno, la condena por esas circunstancias que alteran la punibilidad, sino apenas la selección de la norma sin perjuicio de concluir que, si el procesado no pudo defenderse de ellas oportunamente, deba ser absuelto.

A esta altura, recordemos que la selección del marco normativo que orientará la decisión no es la decisión misma, sino apenas parte de ella.

También puede acontecer que el déficit probatorio, en relación con los hechos anunciados en la demanda, carezca de incidencia en la selección del marco normativo; lo que sucede cuando en la demanda se invocan hechos innecesarios o redundantes, caso en el cual el déficit probatorio sobre hechos irrelevantes en nada cambia la selección del repertorio normativo que habrá de guiar al juez en el proceso decisorio.

El haz de hechos que el juez toma para delimitar (decisión parcial) el marco normativo aplicable, estaría configurado por los hechos afirmados en la demanda o por aquellos que se describen en la resolución de acusación cuando se trata de un asunto penal. Puede ser que el juez estructure el campo recurriendo exclusivamente a los hechos probados, sin reparar en los enunciados en la demanda. En

ello hay un peligro y, por lo mismo, debe controlarse este aspecto: si el juez, para estructurar el marco normativo, toma tan sólo los hechos probados, puede aumentar el riesgo de error, pues, si equivocadamente niega que un hecho está probado, ello lo llevaría a cambiar indebidamente el elenco de normas aplicables. Se quiere llamar la atención sobre que, al dar por probado un hecho sin estarlo o al suprimir uno que está verdaderamente probado, se altera el marco normativo que servirá de horizonte a la decisión. El error sobre la ausencia de prueba de un hecho trascendente configuraría un escenario o un boceto que llevaría al juez a elegir normas inadecuadas o inaplicables al caso, error que no sucedería si el juez no hubiera errado en la apreciación probatoria, como ocurre con la causal de casación fundada en la violación indirecta de la ley sustancial proveniente de la suposición, mixtificación o preterición de la prueba.

115

Con todo lo anterior se quiere significar que si el juez forma la estructura normativa que orienta la decisión solamente a la luz de los hechos que considera probados, incorpora un juicio sobre la prueba de los hechos que lo puede llevar a un escenario normativo extraño para el caso.

Por lo anterior, es aconsejable que se tome conciencia de que la estructuración del campo normativo se puede hacer en abstracto, dando por sentado que si se llegaran a probar todos los hechos enunciados en la demanda, y en atención a la pretensión esgrimida, habría un determinado marco normativo aplicable en esa situación hipotética. Este marco normativo es apenas hipotético, pues falta saber si finalmente se probaron los hechos que sirven de soporte a las conclusiones que emergen de la aplicación de ese conjunto de normas.

En materia penal, la normativa aplicable depende de los hechos que se describen en la resolución de acusación (requerimiento fiscal) y no parece adecuado que el juez, en un primer momento, examine el valor de las pruebas; solamente debe reflejarse como hipótesis el condicional si... entonces. Si se llegasen a probar los hechos anunciados en la resolución de acusación, la consecuencia sería la que describe el ordenamiento elegido.

En la descripción del proceso que lleva a la decisión final, sentamos como premisa que el juez adopta un marco o referente norma-

tivo claramente delimitado, a partir de hechos hipotéticos anunciados en la demanda o en la acusación, hechos que se espera hayan sido demostrados.

Como conclusión de lo anterior, se desvela que la selección de un marco normativo que sirva de guía a la decisión no es caprichosa porque debe atender conjunto de hechos anunciados en la demanda o en la resolución de acusación, dando por sentado que pueden ser probados, pero que su prueba es contingente y su análisis corresponde a otro momento de la decisión, es decir, a otra decisión fraccional o juicio parcial sobre los hechos relevantes y la prueba de estos.

116

Pero una vez que el juzgador ha adoptado un marco normativo surgen debates internos sobre la jerarquización de las normas aplicables al caso, la resolución de antinomias normativas, las posibles lagunas y la validez de las normas seleccionadas. De esta manera, el referente normativo se extiende o contrae y es moldeado por el juez hasta darle la figura definitiva, proceso que comporta la adopción de nuevas decisiones parciales o fragmentos de decisión.

Iura Novit Curia

Da mihi factum dabo tibi ius

El principio *iura novit curia* proviene, justamente, de la expresión genuina de un juez que, cansado de la exuberancia de planteamientos en derecho, expresa al litigante: “*venite ad factum, iura novit curia*”, queriendo decir que las partes deben suministrar y probar los hechos y el juez asumir el compromiso de conocer el derecho aplicable.

Sobre la predilección de abogados y jueces por cuestiones de hecho y de derecho, véase el capítulo VIII de Elogio de los jueces escrito por un abogado, en el que se precisa el alcance que Calamandrei le otorga a la cuestión.

Para cerrar este tema, se resalta que el marco normativo sugerido por el litigante (salvo, de nuevo, el fiscal) es apenas indicativo o tentativo, pues, salvo que el juez rompa toda atadura a la ley (decisión judicial libre), siempre estará atado a la ley en primer lugar y no a los errores de aquel litigante que haya invocado erradamente el referente normativo.

El principio *iura novit curia* está asociado directamente al artículo 8° de la Ley 153 de 1887, en el sentido de que los jueces no pueden abstenerse de decidir una controversia pretextando oscuridad de la ley o vacío normativo.

Se reitera que la selección del marco normativo que servirá de referencia al juez en su tarea se edifica desde los hechos, pero que subsiste un dilema por cuanto no hay precisión sobre si se trata de los hechos enunciados o los hechos probados. Aquí toma un lugar muy importante el tema de congruencia, según el cual los hechos que sirven de sustento a las pretensiones no pueden ser diferentes de los enunciados en la demanda, y lo propio debería acontecer entre la sentencia y la resolución de acusación o requerimiento fiscal.

DECISIONES DE VALIDEZ

117

Las decisiones parciales de validez tienen que ver, en un primer momento, con la determinación de cuáles normas pertenecen al sistema y son decisiones apenas instrumentales para lograr la configuración del campo jurídico. Se pueden identificar tres tipos o aspectos de validez.

Validez Sistémica

Una norma es válida en el sistema jurídico, es decir, pertenece al sistema:

a) Si ha sido creada y promulgada con apego a otras normas válidas del sistema jurídico que controlan la forma de producción (o reproducción) de las normas y del sistema.

b) Si es una consecuencia reconocida de la combinación otras reglas válidas en el sistema jurídico.

c) Si no ha sido formalmente derogada o declarada inexecutable o inaplicable; y que no sea posible la excepción de inconstitucionalidad.

d) Si no es incompatible con otras reglas válidas que pertenecen al sistema jurídico y de las cuales la norma es subordinada; ello implica que la norma no sea contraria a otras de rango superior (jerarquía de fuentes).

e) Si al darse tal incompatibilidad, la validez de la regla se puede mantener en el sistema mediante la exclusión de la regla alternati-

va con que compite, o si la norma es interpretada de modo que se elimine la incompatibilidad puesta de manifiesto.

En lo que sigue, se explicitan algunos de los problemas asociados con los juicios de validez sistémica, problemas que apuntan a entender la complejidad de las decisiones sobre la validez formal de las normas o a saber cuándo ellas dejan de pertenecer al sistema jurídico. Se plantean problemas de derogación para medir la dimensión de los que se afrontan al configurar el campo jurídico en el que se mueve el decididor.

118 Se trata de una situación hipotética en la que se produce una norma simplemente derogatoria, es decir, el texto o enunciado normativo se limitaría a algo así como: “Derógase la ley número...” Debemos clarificar que no se trata de una situación en la que la norma derogatoria es apéndice de un corpus normativo; como, por ejemplo, cuando al final de una codificación el legislador dispone la derogación de alguna normatividad preexistente.

Cuando, como epílogo de la promulgación de un corpus normativo, el legislador deroga la normatividad preexistente, el artículo en que se hace la derogación forma parte del nuevo sistema y quiere significar que lo derogado está sustituido por lo nuevo que es subrogante. Esta modalidad de derogación no ofrece mayores dificultades, en tanto una ley que regule íntegramente la materia deroga las leyes anteriores que no estén incluidas en la nueva compilación, la cual, de modo sistemático, cubre todo el campo.

En lo que interesa a nuestro ejercicio, se reitera que se trata de una situación simple en la cual el legislador, en una ley de un solo artículo, deroga otra ley. En semejante hipótesis se presentan muchas vicisitudes que afectan al sistema jurídico y cada una de esas resonancias debe ser examinada por separado.

En primer término, una norma hipotética como la que venimos comentando, simplemente derogatoria y de un solo artículo, puede ser inconstitucional por vicios de forma, es decir, por haber transgredido las reglas de producción de la norma. Por ejemplo, puede ser inconstitucional por no haber concurrido a su aprobación las mayorías necesarias o por no haber sido sometida al número de votaciones indispensables en el trámite en cada una de las cámaras.

Además, aquella ley simplemente derogatoria puede ser inconstitucional porque la iniciativa de reforma de la ley derogada por la materia es competencia del poder ejecutivo. Por ejemplo, en materias tales como el plan de desarrollo, la estructura de la administración nacional, y las autorizaciones para celebrar contratos y empréstitos, establecer las rentas y los gastos de la Nación, la banca central, el crédito público, el comercio exterior y el régimen salarial de los empleados públicos, la iniciativa legislativa corresponde al Presidente de la República; entonces, una ley de un artículo único que derogue las funciones de la junta directiva del Banco de la República no puede tener origen en los miembros de las cámaras y, si ello ocurriera, sería inconstitucional. Obsérvese que en este caso, como en otros muchos, la declaración de inconstitucionalidad de la norma derogante implica, necesariamente, revivir la norma derogada, pues de lo contrario la norma derogante habría logrado su cometido. Si la sentencia de la Corte Constitucional que declara inconstitucional la norma derogante solo tuviera efectos pro futuro y no reviviera la ley derogada, el legislador irregular se saldría con la suya, pues igual la norma derogada por una norma inconstitucional quedaría derogada. La única manera de sancionar al legislador que ha contrariado la Constitución en el momento de la producción de una norma derogante (por ejemplo, por falta de mayorías) es anulando sus efectos, como si ella nunca hubiera existido, y reviviendo la norma derogada; si no se reviviera la norma derogada, el propósito ilegítimo del legislador derogante se cumpliría.

119

Hay también distingos por el tipo de ley expedida, pues si la ley simplemente derogatoria es una ley común, no podría derogar leyes orgánicas o estatutarias.

Aparecen entonces reglas de derogación tales como que las leyes comunes solo pueden ser derogadas por leyes comunes; las leyes estatutarias, por leyes estatutarias y las leyes orgánicas, por otras de idéntica jerarquía.

Sin embargo, cabría preguntarse si una ley orgánica puede derogar una ley común, es decir, si una ley de mayor exigencia y rango constitucional puede derogar una de menor jerarquía. Por ejemplo, en el último de los artículos de una ley orgánica se dispone la derogación

de una ley común, ante lo cual podría argumentarse que, como las leyes estatutarias y orgánicas piden mayores rigores para su aprobación, no habría objeción para que ellas pudieran derogar leyes comunes, siempre que haya cierta unidad de materia; pero esta no parece ser la tendencia que expresa quien haga las veces de Tribunal Constitucional.

120

De lo dicho hasta aquí surge con carácter evidente que una ley de artículo único, que solo dispone la derogación de otra, puede ser inconstitucional por vicios de forma, por contenido y por competencia. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 215 de la Constitución, aunque el presidente de la República en Estados de Excepción puede dictar decretos con fuerza de ley y de carácter permanente, no puede menoscabar los derechos sociales de los trabajadores porque la Constitución no le otorga esa competencia.

Pero además de todo lo anterior, una ley que solamente se limita a derogar otra ley puede ser inconstitucional por el contenido de la ley derogada. Piénsese, por ejemplo, en una ley de un solo artículo que se limitara a derogar el Decreto 2591 de 1991, que es la verdadera ley estatutaria que consagra en Colombia “los procedimientos y recursos para la protección de los derechos fundamentales” (artículo 152 a. C. N.); esta ley produciría un vacío en los instrumentos procesales necesarios, acción de tutela, para amparar los derechos constitucionales fundamentales. Entonces, esta ley simplemente derogatoria y aparentemente sin contenido sería inconstitucional, no solamente porque una ley estatutaria no se deroga mediante una ley común, sino también porque esa ley simplemente derogatoria viola la Constitución al dejar sin herramientas procesales de protección los derechos constitucionales fundamentales. De esta manera, el legislador no podría, ni aún mediante otra ley estatutaria, suprimir la herramienta de protección de los derechos constitucionales fundamentales sin caer en la inconstitucionalidad.

Suprimida en juicio constitucional la ley que, hipotéticamente, derogaba el estatuto de mecanismo de protección de derechos fundamentales, dicho estatuto derogado por la ley declarada inexecutable debe remanecer a la vida jurídica.

Diferente sería el caso en el que el legislador sustituyera con otra la herramienta procesal existente, situación en la que debería contrastarse cuál de los dos instrumentos es más idóneo para la protección de los derechos constitucionales de rango fundamental.

Entonces, se puede sentar una premisa importante consistente en que hay situaciones en las cuales el legislador no puede producir un vacío normativo sin quebrantar la constitución. Por ejemplo, el legislador no podría producir una ley de un solo artículo que dijera “derógase el Código Penal”, sin sustituirlo por otra herramienta de protección del derecho a la vida y demás derechos fundamentales. Por lo mismo, al retirar una norma del ordenamiento, el juez constitucional no puede crear el vacío normativo y tiene que recurrir, en ocasiones, a diferir los efectos de los fallos. Expresado en otros términos, el derecho, como la naturaleza, aborrece el vacío.

121

Estas reflexiones se acompañan perfectamente con los afanes del juez constitucional cuando se ve compelido a retirar una norma del sistema jurídico, pues al producir un vacío puede generar situaciones de inconstitucionalidad manifiesta que está en el deber de evitar. Y si para ello debe diferir los efectos del fallo, o suspenderlos, debe hacerlo, pues de tal manera protege la Constitución, que es su función medular.

Entonces, cuando se produce una norma que se limita a derogar a otra y nada más, el examen del contenido de la norma derogada resulta trascendental para el juicio de constitucionalidad. Así, por el contenido, será diferente una ley que deroga un tributo de una ley que deroga el Código Penal sin sustituirlo por otro estatuto represivo.

En otras ocasiones es menester, no solo examinar el contenido de la norma derogada, sino también la situación de hecho que se presenta en el momento en que se hace la derogación.

Piénsese, por ejemplo, que recientemente se expidió en Colombia una ley que estableció ciertas condiciones favorables al derecho de la mujer a tener una representación adecuada en los cargos de importancia dentro del Estado; el legislador dispuso que la tercera parte de los cargos de importancia y jerarquía dentro de la dirección del Estado debe estar ocupada por mujeres. Esta norma se explica como reconocimiento de una situación adversa para la mujer, esto

es, ni más ni menos, como una ley discriminatoria para reivindicar los derechos de una parte importantísima de la población que siempre ha estado en una especie de *capitis diminutio*. Esta ley pasó el examen de constitucionalidad, pues se juzgó que era una herramienta importante para lograr el restablecimiento de una situación de equilibrio y para atacar un estado secular de discriminación y desigualdad, y tendrá razón de ser hasta un momento determinado en que la situación de desventaja desaparezca. Ello plantea el dilema de saber si podría el legislador, inmediatamente después de producida la norma que propicia el restablecimiento del derecho de igualdad, derogar dicha ley sin esperar a que ella produzca los efectos deseados. Todo indicaría que si el legislador ha consagrado un instrumento legal para proteger la igualdad, este instrumento no podría ser derogado sin correr el grave peligro de violar, en este caso, el derecho de igualdad. Todas estas reflexiones apuntan a fortalecer la idea de que el juez constitucional, cuando sustrae una norma del sistema jurídico, no puede producir el vacío porque el vacío puede ser inconstitucional, pues así como hay inconstitucionalidad por omisión, igualmente puede haber una situación de inconstitucionalidad por vacío, ya que ese vacío equivale a la omisión. En el fondo de todas estas consideraciones está la búsqueda de justificar porqué el juez constitucional no puede limitarse siempre a retirar normas del ordenamiento, sino que, en las más de las ocasiones, no puede crear un vacío normativo, sino que debe evitarlo por las consecuencias nocivas que produce sobre el sistema jurídico. En efecto, al ser retirada una norma del sistema, se genera situación de vacío con consecuencias de probable inconstitucionalidad.

Hay otras situaciones conectadas con la función judicial derogatoria. Cuando el juez constitucional, mediante una declaración de inexecutable, retira del sistema una norma derogatoria de otra, se producen efectos bien particulares; y para evitar el vacío, debe revivir la legislación derogada, como si el acto derogatorio jamás hubiera existido.

Se reitera que cuando el juez constitucional “deroga” una norma, que a su vez había derogado otra, la derogación de la segunda en sede constitucional (declaración de inconstitucionalidad) hace revi-

vir la norma derogada. Si ello no fuera así, a pesar de la declaración de inexequibilidad, la norma derogatoria seguiría produciendo efectos después de ser retirada del sistema por la sentencia que declaró su inexequibilidad. La mejor manera para que la declaración de inconstitucionalidad produzca un verdadero efecto, es admitir que la norma derogada por la norma declarada inexequible retorne al sistema.

La norma N2 derogó la norma N1, luego la norma N1 quedó fuera del sistema. Posteriormente, la sentencia de inconstitucionalidad declara inexequible la norma N2 y se pregunta, entonces, si la norma N1 retorna al sistema. El propósito de la norma N2 fue retirar la norma N1 del sistema y si ella, después de la sentencia, no retorna a dicho sistema, el propósito de la norma derogante N2, retirar N1 del sistema, se habría conseguido a pesar de la declaratoria de inexequibilidad.

123

Puede ser entonces que una ley derogada, N1, solo entre en un estado de catalepsia y pueda revivir posteriormente por efecto de un fallo de inconstitucionalidad de la ley derogatoria N2. Por ese motivo algunos sistemas constitucionales, como el español y el colombiano (este sólo por asuntos de forma), establecen términos para proponer el juicio de inconstitucionalidad.

Lo anterior plantea un problema adicional relativo a los efectos producidos en el ínterin. La posición que genera más confianza y seguridad afirmaría que la sentencia produce efectos profuturo o *ex nunc*; sin embargo, al afirmar que la sentencia de inconstitucionalidad de la ley derogatoria revive la ley derogada, estamos acogiendo la tesis de la nulidad y pretendiendo hacer creer que el acto de derogación nunca existió.

La validez sistémica es uno de los presupuestos en las ideologías de la decisión judicial vinculada y de la decisión legal y racional, como acontece en nuestro sistema en el que los jueces están vinculados solamente al imperio de la ley, como manda el artículo 230 de la Carta Política.

Este breve excursus por los terrenos del derecho constitucional sólo tiene aquí el propósito de mostrar cuán difícil puede ser fijar el referente normativo, cuando sólo decidir sobre la vigencia de la norma que se supone aplicable es ya un dilema complejo.

Validez factual

Esta tiene que ver con que la norma no haya sido derogada por desuetud o abandono.

La idea de validez factual de las normas pertinentes al caso es, de alguna manera, extraña en las ideologías de la decisión judicial vinculada y de la decisión judicial legal y racional. En verdad, la sola circunstancia de que la ley no sea aplicada durante largo tiempo no implica derogación, ni por ello desaparece del ordenamiento. Las normas no conocen la obsolescencia en aquellos sistemas en que la decisión está controlada por la sujeción al mandato del legislador. No es inusual que una búsqueda de verdadera paleontología jurídica ponga en actualidad una norma que solo se conservaba como documento histórico pero que poca o ninguna aplicación ha tenido. Igualmente se plantea el debate sobre si la permanente inobservancia o desacato de la norma lleva a la derogación.

124

Validez axiológica

Se trata del caso en el que el juez decide que no es válida la regla porque choca con normas o evaluaciones extralegales; por ejemplo, por ser contraria a los principios del derecho natural en cualquiera de sus expresiones. La validez axiológica es propia de los sistemas que conviven con una mayor actividad del juez en la creación del derecho y ofrece tantas promesas como peligros, pues pasa a depender de la formación y vocación política de los jueces.

En el sistema de la decisión subordinada a la ley, el sustrato del juicio de validez es la propia regla de reconocimiento.

DECISIONES INSTRUMENTALES

Con este nombre podemos caracterizar cierta actividad interpretativa que pone en operación la actividad judicial en función de ir despejando el camino para arribar a la decisión final o aproximársele.

Se trata de una actividad meramente instrumental que busca eliminar dudas sobre el significado de la norma o conjunto de normas que se van a aplicar; es un ejercicio de expansión y contracción del sentido de la norma o normas aplicables.

Dejar esa actividad puede llevar al juez a expandir generosamente el sentido de la norma o de las palabras a dominios nuevos o impensados, aun por un legislador estático que se mueve rezagado frente a las demandas de una realidad que cambia frenética y convulsionadamente. Al fijar el sentido de la norma, su cobertura, al delimitar ampliamente su sentido, el juez parte de una plataforma dada por el legislador, pero la proyecta más allá de lo que las palabras de la ley demarcan como hecho lingüístico. En otra versión, al fijar el sentido de la norma, también puede el juez decidirse por contraer su sentido y alcance, de tal modo que la reducción deje un campo vacío propicio para la creación.

Se presentan así dos tipos de teorías de la interpretación: descriptiva y normativa. Como el juez no puede dejar de decidir invocando oscuridad, vaguedad, penumbra o polisemia; justifica su interpretación como el único significado posible o verdadero; y, al tomar partido por ese significado único, elimina las otras opciones en competencia y, aún sin haber llegado al substrato factual, apuntala o anticipa la decisión final mediante una decisión preparatoria o fragmento de decisión que vaticina la suerte final de la causa. Al fijar sentido a la norma, al interpretarla con restricción o laxitud, se está abonando el terreno para el momento de apreciación de los hechos. La fijación de sentido de un precepto puede ser tan restrictiva que lo puede confinar a muy pocos casos, y al dejar por fuera los demás, ellos se adscribirán a otras normas, a otras instituciones o al criterio creador del juez.

125

CRITERIOS O REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DEL REFERENTE NORMATIVO

Hay reglas de interpretación que especifican cómo el significado de una norma pragmáticamente dudoso debe ser establecido tomando en cuenta sus contextos semánticamente relevantes. Los contextos pueden ser lingüístico, sistemático (sistema al que pertenece la norma) o funcional (contexto sociopolítico, cultural, económico, etcétera).

Hay otras reglas de interpretación que determinan la manera de usar las primeras. El juez dice cómo usar las primera reglas, definiendo para ello cómo elegir entre los diversos significados que pueden ser construidos, y al elegir la manera como usará las reglas de interpretación, está tomando decisiones preparatorias que lo condicionan, en tanto pueden llevarlo por un camino inexorablemente irreversible, a menos que regrese y cambie la premisa o decisión preparatoria o fraccional.

126 Cuando el juez decide que existe una duda sobre el significado de la norma, o de una de las palabras usadas en la norma, hace necesaria la indagación subsiguiente y allí está definiendo o preparando la decisión. Si el juez pone en cuestión el significado, cuando este es nítido, el resultado final estará contaminado por aquella decisión fraccional o preparatoria por la que el juez abrió un debate sobre el sentido de las palabras empleadas por el legislador o por la Constitución. Ocurre naturalmente con expresiones como esencialmente distinto, sustancialmente igual, indefensión objetiva y otras semejantes que, puestas en una ley, son terreno feraz para que el intérprete derribe la deleznable sujeción a la ley. Dicho con otras palabras, los significantes vacíos realmente impiden la sujeción estricta a la ley.

El juicio de si el texto es claro o no depende de una valoración y es, en sí mismo, una decisión. Tal acontece cuando el juez problematiza la claridad del texto porque, estratégicamente, le genera una consecuencia que puede anticipar en función de los efectos que le brindará para la decisión final. Cuando el juez toma partido porque la norma no es clara, irrumpe de manera voluntaria en el terreno de la interpretación y se arroga facultades que, probablemente, no tendría si hubiera aceptado que la regla es lo suficientemente clara. La formulación de la decisión de interpretación que lleva al juez a decir que la norma no tiene el significado “S”, debe ser argumentada plenamente; también debe el juez abonar argumentos justificadores de que el sentido que le ha fijado se erige en la interpretación plausible. En todo caso, la elección de las reglas de interpretación depende de las valoraciones del intérprete y, funcionalmente, de los resultados que pueden ser vaticinados *ex ante*. Por supuesto que todo ello no indica excluir que toda decisión, incluida la de atribuir un sentido

no claro a la norma, debe estar determinada por normas legales o criterios generalmente aceptados.

Los que hemos definido como momentos de la decisión o decisiones preparatorias tienen en sí mismos dinámicas que se presentan como independientes, aunque funcionalmente se relacionen por su contribución a la decisión final. El eje de todos esos fragmentos es el juez, que imprime sus valoraciones y da sentido y coherencia al proceso decisorio.

Lo que acaba de esbozarse no es el reino de la subjetividad sino la descripción de que, paso a paso, por goteo, el juez adopta decisiones preparatorias que pueden y deben ser controladas, a condición de que haya conciencia de que está sucediendo una serie de decisiones en cadena. Dicho con otras palabras, probablemente no hay algo así como la decisión sino un proceso de formación de la decisión que no solo puede ser analizado sino, además, controlado por el mismo juez que resuelve; control que es prácticamente imposible si el juez ni siquiera asume que hay decisiones fragmentarias de honda repercusión en la decisión final. Tales decisiones preparatorias o fragmentos de decisión no pocas veces se presentan como inofensivamente neutrales, cuando, en verdad, dejan su huella profunda en la decisión.

127

Varios tipos básicos de interpretación jurídica operan en el curso del proceso que lleva a la decisión final, se presentan en cada una de las decisiones preparatorias y allí operan con la misma dinámica con la que usualmente se estudia la interpretación.

La interpretación lingüística, por ejemplo, aconseja reglas relativas a cómo determinar el significado atendiendo al contexto lingüístico. En efecto, en cualquier estado del proceso de toma de la decisión, se presentan argumentos del juez a favor de la vaguedad, tras lo cual se autohabilita, pues hace necesario adquirir precisión y ello le otorga una competencia que antes no tenía. Puede ser, entonces, que las expresiones y la regla misma presenten un núcleo semántico claramente incluyente (positivo), claramente excluyente (negativo) o que haya una penumbra semántica en la que la descripción de un evento o la referencia de un término sea dudosa y no pueda ser decidida por referencia exclusiva a las reglas ordinarias del lenguaje.

En condiciones normales, si las expresiones lingüísticas empleadas por el legislador denotan adecuadamente los fenómenos y responden a las necesidades establecidas, y si la técnica legislativa es suficientemente correcta, usualmente los órganos de aplicación obtendrán un significado directo del texto legal, sin necesidad de embarcarse en una interpretación instrumental u operativa hecha en función de precisar o fijar el sentido.

De ello se sigue que las dudas interpretativas sean la excepción y no la regla, a menos que se afirme un déficit generalizado de comunicación por parte del legislador.

128 Cuando sea necesario fijar el sentido, atendiendo a algunas reglas lingüísticas, debe el intérprete dar razones suficientes para justificar por qué atribuye a los términos un significado jurídico especial; si hay razones plausibles para hacerlo, ha de reconocerse ese sentido especial al margen del sentido ordinario con que se usan los términos. De nuevo, aquí está presente una decisión preparatoria, y de la aceptabilidad de esa fijación de sentido, al margen del sentido ordinario, puede depender el núcleo de la decisión. Dicho con otras palabras, el hecho de atribuir un sentido específico al margen del uso ordinario puede ser determinante para la decisión final. Igualmente, se deben brindar fuertes razones si queremos poner el uso de los términos en un dominio estrictamente técnico, que solo puedan ser usados en una parte del sistema jurídico o en un subsistema. Existe, entonces, una especie de exigencia de demostrar, argumentativamente, que hay muy buenas razones para usar un término en tal contexto con ese sentido especial y restringido, al margen de su significado genuino en el lenguaje jurídico general. De esta regla se ocupan los artículos 28 y 29 del Código Civil colombiano.

Al construir una decisión se debe cuidar bien de no caer en esa especie de falacia o error semántico en que el argumentador asalta la buena fe y, en el curso de la demostración, cambia el sentido de las palabras sin advertirlo ni demostrar el cambio: A este respecto puede acontecer “que a lo largo de la cadena argumentativa el argumentador tolere la metamorfosis del sentido de alguna de las expresiones empleadas. Ejemplo: los hombres y las mujeres deben tener iguales derechos, porque el hombre y la mujer por igual son seres humanos. Por

lo tanto, el hombre y la mujer son también biológicamente iguales”⁴⁵. Claro está que no es lo mismo la igualdad biológica que la igualdad de derechos; sin embargo, el argumentador empleó la palabra igualdad sin advertir su metamorfosis a lo largo del párrafo.

No se deben asignar significados diferentes a expresiones lingüísticas idénticas de un determinado acto normativo, ni una única significación a expresiones diferentes, salvo que dicho acto normativo expresamente así lo requiera.

El establecimiento de un significado legal o terminológico específico no debe hacerse sin un cotejo de expresiones isomórficas que aparezcan en cualquier lugar del ordenamiento jurídico o en una parte relevante de él.

Si en el sistema jurídico hay una definición, hecha con autoridad por el legislador, que vincula y restringe el significado de un término o términos usados en sus preceptos, se han de seguir los mandatos del legislador y sujetarse a tal significado; salvo si la norma interpretada deja claro que se deben usar tales expresiones con un significado diferente del fijado por tales definiciones. Una muestra de técnica legislativa mejor elaborada puede ser la fijación del sentido de las palabras usadas por el legislador. Así se fija el uso convencional de algunas expresiones y se reduce la posibilidad de que el intérprete determine el alcance de ellas.

Otras reglas asociadas a la interpretación lingüística están ligadas a cierto supuesto según el cual el derecho tiene al menos un grado mínimo de corrección en su técnica legislativa y en el uso del lenguaje. Igualmente, se debe determinar el significado de la norma al tenor del contexto sistemático al que pertenece.

Del mismo modo, se rechazará una interpretación en la que determinadas expresiones lingüísticas en el texto son redundantes. Igualmente, si hay expresiones complejas que se construyen a partir de otras simples, el significado de la expresión compleja ha de estable-

45 Villamil Portilla Edgardo. *Las falacias en la argumentación judicial*. Ponencia XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Memorias editadas por la Universidad Libre, p. 85.

cerse de acuerdo con las reglas sintácticas del lenguaje al que pertenece la norma interpretada.

Como acaba de verse, al atender o desatender a cada paso las reglas de interpretación y al limitar o expandir el sentido de las palabras empleadas por el legislador, se puede estar urdiendo la filigrana argumental necesaria para justificar el sentido y tono de la sentencia. Una forma alambicada de ampliar o contraer el sentido de las expresiones usadas por el legislador, sin desnaturalizar su esencia, permite destilar soluciones para casos que están en el umbral. Se puede abusar del ejercicio de extensión de la frontera de sentido de los conceptos usados por el legislador, en cuyo caso la autorrestricción es el mejor de los controles.

130

Enseguida se compendian, con toda la brevedad posible, algunas reglas de la interpretación sistemática y, aunque ellas corresponden a otro campo, aquí se rememoran en función de mostrar que, en su empleo, el juez puede estar sentando las bases de la decisión final por medio de decisiones preparatorias.

La premisa de la interpretación sistemática es la consistencia del sistema; entonces, la norma ha de interpretarse de modo que no surja una contradicción técnica con otra norma del mismo sistema; dicha contradicción puede ser también axiológica, es decir, con los valores que representan todo el sistema.

En caso de contradicción entre una norma y un principio se ha de establecer el significado de la norma que no esté en inconsistencia con el principio. Dentro del propósito de mostrar las decisiones preparatorias, en este momento el juez puede disipar la contradicción, eligiendo el principio equivocado, y de allí deducir que erróneamente no hay contradicción. Igualmente, cuando el juez decide que la norma está en inconsistencia con el principio y se equivoca, ello lo lleva a excluir la aplicabilidad de la norma, con lo que la estructura general de la sentencia se vería hondamente afectada por esas decisiones parciales.

Si la interpretación lingüística deja dudas sobre el significado de una norma legal, se ha de optar por el significado más coherente con los principios del sistema jurídico o con la parte relevante del compendio normativo o código al cual pertenece la norma.

Si se usa un principio como argumento en una interpretación, se lo ha de definir indicando la norma en que se expresa o las normas de las que el principio se infiere, de acuerdo con las reglas de inferencia aceptadas. Aquí el juez asume el riesgo de elegir un principio, en un repertorio de principios claramente definidos, o de construir un principio a partir de otros materiales.

Al establecer el significado de una norma, el intérprete ha de tomar en consideración la sistemática interna y externa del compendio al que la norma interpretada pertenece. No obstante, el juez puede soslayar este argumento si el establecimiento del significado, según otras reglas, muestra que la sistematización en cuestión es precaria.

Se debe establecer el significado de la norma interpretada, de modo que sea absolutamente consistente con las normas jurídicas pertenecientes al mismo sistema jurídico, sin que las excepciones puedan aplicarse extensivamente (*exceptiones non sunt extendae*).

131

INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA O FUNCIONAL

Atiende al contexto funcional, o sea, al complejo de factores políticos, económicos, culturales, etcétera, con el riesgo de variedad y vaguedad que ellos implican. Se trata de atender a reglas relativas a los fines y funciones de las normas, al papel de las normas y de las valoraciones extralegales.

Si en la interpretación se toma en cuenta el fin del derecho, al fijar el fin de la norma interpretada se ha de proceder de tal modo que dicho fin sea, como mínimo, consistente con los fines de la institución a la que pertenece la norma interpretada. En caso de duda, el significado de una norma perteneciente a una institución debe establecerse de modo consistente con la función de dicha institución.

Si hay varios significados posibles de una norma interpretada, se ha de escoger aquel que hace a la norma más consistente con el sistema social extralegal de normas y valores; no se ha de escoger una interpretación inconsistente con tales normas sociales extralegales. Si se echa mano de normas y evaluaciones extralegales, se las ha de usar de modo consistente, al menos en lo que respecta a todas las normas de una institución.

INCIDENCIA DE ALGUNAS TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA SENTENCIA

Puede acontecer que, según la teoría desde la cual el juez afronte la construcción de la decisión, se llegue a resultados diferentes, diferencia que se explica por los métodos y materiales empleados así como por la ideología que ilustre la interpretación. La diferencia fundamental entre las diferentes teorías normativas de la interpretación consiste en las asociaciones valorativas que se adoptan y en las opiniones sobre el significado de las normas jurídicas. Como es sabido, hay teorías que podemos llamar inerciales o de sustentación de cierta estabilidad en el significado de las normas; el prototipo es el de la decisión judicial vinculada a la ley que privilegia la interpretación basada en reglas lingüísticas y sistemáticas. Otras son las teorías dinámicas de la interpretación, que buscan el cambio de significado de las normas como vía para adaptar el derecho a necesidades cambiantes y se desenvuelven en variantes externas como las de la ideología de la decisión judicial libre. Este último tipo de interpretación favorece las reglas o métodos funcionales, consultando el fin actual que puede brindar la norma y no, exactamente, el fin buscado por un legislador perenne, tal vez esclerótico y anclado en el anacronismo.

La aplicación judicial del derecho en la ideología de la decisión vinculada a la ley debe basarse, estrictamente, en el principio de legalidad. Esto hace especialmente importante el papel de la interpretación judicial, pues el derecho sólo puede aplicarse tal como es entendido; y, en los casos difíciles, esa comprensión depende de la interpretación instrumental, la que se abre paso a paso en los diferentes momentos de la decisión en la fase operativa. La idea de un control sobre los elementos de interpretación y la posibilidad de describir conscientemente por goteo, todo el proceso, que conduce a la decisión final permite, de mejor manera, el examen y la crítica necesarios para la depuración de los fallos judiciales. De ahí que la adecuada interpretación jurídica esté tan estrechamente ligada al Estado de Derecho en que todo poder pueda ser controlado; en este caso, el poder de interpretación de que está dotado el juez en cada uno de los fragmentos de decisión.

ELECCIÓN DE CONSECUENCIAS

La elección de consecuencias depende de las normas jurídicas aplicables y sigue algunos modelos implícitos en ellas.

Puede ser que la norma legal fije una sola consecuencia o consecuencia única, como la obligación de indemnizar por el valor del daño o el decreto de divorcio en el proceso de familia; pero también puede ser que la norma tenga prevista una escala de consecuencias de mayor o menor intensidad y que el juez se mueva en esa escala, caso en el cual debe prestar las razones que tiene para moverse en el margen preestablecido por el legislador (lo que acontece usualmente cuando se gradúa la pena).

Aquel posicionamiento en la escala es otro fragmento de decisión que debe ser analizado separadamente por el juez para ver cómo operan las reglas de interpretación y las secuelas que de ellas se siguen para la decisión en conjunto.

133

Para esta graduación de la intensidad de las consecuencias es posible que el legislador haya trazado unos criterios, como acontece con los postulados de individualización de la pena previstos en los artículos 59 y 60 de la Ley 599 de 2000. Aún así, el legislador resigna la posibilidad de controlar todo el proceso de graduación de consecuencias, declinatoria que se justifica por la imposibilidad de una reducción aritmética de conceptos tan etéreos como aproximación al momento consumativo o eficacia de la colaboración en la codeinfluencia. Ello es visible, por ejemplo, en el artículo 61 del nuevo Código Penal, que dice: “Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda”.

De otro lado, no siempre sucede que el juez elija entre varias consecuencias, previstas *ex ante* por el legislador. Por ejemplo, en violencia intrafamiliar, Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000, artículo 4°, el juez puede ordenar “cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley”; o el juez de ejecución de penas puede definir la forma de “reintegración al medio cultural

propio”, como medida de seguridad en el proceso penal, como lo prevé el artículo 69 del Código Penal. Igualmente, en acciones populares se consagran algunas cláusulas excepcionalmente abiertas que dejan al juez la posibilidad de graduar las consecuencias. Lo que se resalta, de nuevo, es que el juez debe dar las razones suficientes de por qué elige determinadas consecuencias o por qué crea consecuencias que, en ocasiones, son verdaderas órdenes para ejecutar en el futuro, las cuales no podían ser anticipadas por el legislador y, menos, estar atadas al principio de legalidad. Aquí el único control es dar las razones adecuadas para la elección, siempre con pretensión de universalización o de aceptación de un auditorio lo más universal posible. Ejemplo de ello sería la Ley 472 de 1998 sobre acciones populares que, en su artículo 34, autoriza al juez para dar una orden de hacer o no hacer, para proteger el interés colectivo y prevenir que se reincida en la violación del derecho o interés colectivo. Como ya vimos, puede ser que las previsiones legales determinen previa y plenamente la elección o que solo indiquen cuáles factores debe tener en cuenta el juez para hacerla, pero en ninguno de los casos debe estar ausente la justificación sobre como se hizo la elección, la creación de la consecuencia o la elección del criterio.

Cuando no hay mandatos legales de elección de consecuencias, el juez puede aceptar otras directivas que son parte de la ideología de aplicación del derecho. Para ello hay varios tipos de directivas de elección de consecuencias, dominantes según la ideología de aplicación del derecho:

La ortodoxia prefiere las directivas que predeterminan la decisión; entre estas, podemos contar las que se refieren a hechos mejor que las que se refieren a fines y propósitos. Esta es una tendencia afín a la ideología de la decisión judicial vinculada.

Hay otras directivas que establecen reglas o valoraciones generales como la búsqueda del restablecimiento de la moral administrativa que, según el artículo 43 de la Ley 472 de 1998, autoriza al juez para decretar las medidas previas o cautelares “que estime procedentes”; o el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que remite la elección al principio de equidad y reparación integral; o las centenarias normas sobre la moral social previstas en la Ley 153 de 1887.

En suma, puede hablarse de un silogismo de decisión simple cuando no hay sino una sola elección o consecuencia única y no hay libertad de elección; puede haber una expresión dicotómica que plantee al juez una disyuntiva, y puede haber un repertorio de consecuencias entre las cuales el juez debe elegir.

Como epílogo de lo dicho surge que la decisión final y las decisiones fraccionales o preparatorias, como la de elección de consecuencias, son de igual contenido, pero se exige en todas, sin falta, una justificación suficiente.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y DECISIONES DE PRUEBA

135

Hay varios tipos de supuestos de hecho: hay hechos descriptivos y valorativos. Corresponden a la primera categoría, los establecidos descriptivamente: el que mate, el accidente ocurrido, el daño causado; la prueba de este tipo de hechos es como la verificación de cualquier juicio de existencia. Y son hechos determinados valorativamente el interés justificado, la ofensa moral o el interés ilícito en la celebración de contratos, la buena fe exenta de culpa.

Entre los hechos determinados positiva o negativamente se incluye, por ejemplo, la denegación de auxilio, que podría no solo ser un caso de agravación de riesgo existente, sino un riesgo nuevo que haga al autor responsable.

La prueba de los hechos y su descripción dependerán del contexto. Cuando se trata de hechos determinados valorativamente (interés ilícito), las valoraciones del juez tienen un terreno amplio de expresión.

LA DECISIÓN JUDICIAL FINAL

La decisión final está justificada por decisiones preparatorias o instrumentales de validez, de interpretación, de prueba y de elección de consecuencias.

La racionalidad y corrección de la decisión de aplicación del derecho, la justificación de una decisión, es la única manera de de-

mostrar su racionalidad y, simultáneamente, sirve al propósito de dejar la huella necesaria para el ejercicio del control sobre la racionalidad.

En este sentido se puede diferenciar entre una racionalidad interna y una racionalidad externa de la decisión. La primera se da cuando, de acuerdo con las reglas aceptadas del razonamiento justificatorio, la decisión es inferida a partir de las premisas sentadas por quien toma la decisión; es algo así como la coherencia interna, muy similar al control lógico para saber si la inferencia es correcta, en este caso sin discutir en ese mismo momento la validez axiológica de las premisas elegidas, pero sí preocupándose por la corrección formal del razonamiento.

136

La racionalidad externa depende de la valoración crítica de las premisas sentadas, tanto de las epistémicas como de las axiológicas. Es posible que haya decisiones internamente racionales y externamente irracionales, por ejemplo, porque el conocimiento a partir del cual se decide es falso o porque valorativamente son reprobables las premisas; en el primer caso, por ignorancia del derecho aplicable o por problemas de prueba.

Respecto de las premisas axiológicas, la corrección (lógica) de la justificación es una condición necesaria de la racionalidad interna de la decisión, pero no es el único valor que la decisión judicial necesita.

Se pueden distinguir otros tipos de corrección, como satisfacción de las instancias superiores que se identifican con el sentido de la decisión. Atañe a si la decisión fue confirmada, si hace tránsito a cosa juzgada, que haya pasado incluso el tamiz del recurso extraordinario de revisión.

Pero hay otro tipo de corrección, ajena al dominio de las partes del proceso, que es la corrección ideológica, la cual depende de los valores que profese la correspondiente ideología de aplicación del derecho; en la ideología de la decisión judicial vinculada, es correcta la decisión consistente con la legalidad. En la ideología de la decisión judicial libre es decisión correcta la que haga justicia en el caso concreto; lo cual no implica, necesariamente, renegar de la fórmula legal o de una variante suya que produzca el resultado justicia.

El prototipo de la decisión legal y racional es aquel que incrementa el valor de legalidad, lo que en otro aparte de estas notas hemos llamado transferencia de legitimidad o valor agregado de legitimidad del sistema. Lo anterior no descarta que varias hipótesis de decisión logren un agregado del valor de legalidad. Es decir, que varias hipótesis pueden cumplir esa exigencia y, de nuevo, debe aparecer un criterio que arbitre la escogencia de la decisión que esté mejor justificada y que es, así, la decisión racional que mejor agregado aporta en términos de legitimidad del sistema.

La única decisión correcta aparece como una irrupción teórica, pues no se puede hablar de la existencia de la “única decisión correcta”, excepto como aquella que se hace a las premisas y reglas de razonamiento aceptadas y cuya corrección es, en los casos difíciles, problemática en la práctica e indecible en la teoría.

137

Por eso, en la práctica es funcionalmente necesario que exista un mecanismo institucional para producir una decisión *ex autoritate* y poner fin a la incertidumbre.

Ideología de la aplicación judicial

Todas las decisiones preparatorias o elementos de la decisión final están, inevitablemente, mediadas por valoraciones. En la ideología de la aplicación judicial ello justifica, en última instancia, cómo debe el juez aplicar el Derecho.

Como agregado final recordemos que, en la que se conoce como ideología de la decisión judicial vinculada, es necesario tener en cuenta dos aspectos: primero, si las normas positivas del sistema efectivamente consagran la vinculación del juez, lo cual depende del sistema y la ideología correspondiente (artículo 230 C. Nal.); y segundo, se hace necesario fijar el alcance de lo que se entiende por decisión judicial vinculada.

No siempre, tal vez muy pocas veces, puede decirse que la norma aplicable determina estrictamente la decisión, ya que también la decisión puede corresponderse con un determinado significado de la norma, siendo justificada al tenor de ciertas reglas de interpretación que permiten afirmar que, en un sentido menos fuerte, la decisión es vinculada.

La ideología de la decisión judicial libre surge históricamente como negación y reacción contra la ideología de la decisión vinculada y como réplica al formalismo. En la base de esta ideología está el supuesto de que la fractura radical entre creación y aplicación del derecho es artificiosa, pues las normas son apenas esbozos, marcos o proyectos. A ello se añade que el sistema jurídico positivo es defectuoso e incompleto y el lenguaje legal es, en mayor o menor medida, oscuro, ambiguo y penumbroso.

La aplicación judicial del derecho está condicionada por valoraciones, esto es, por una elección entre disyuntivas generalmente antagónicas. En su versión más radical –el realismo jurídico o cualquiera de sus variantes– las fuentes de las valoraciones del juez no son legítimas, son emociones que muestran alta irracionalidad.

138

Podemos admitir que existe el derecho de creación judicial; y si se lleva al límite esta afirmación, se diría que es el único derecho; pero ello no se dice impunemente, en tanto debe reflejarse en la sentencia cómo se ha creado y, por supuesto, incidir determinantemente en su estructura. Si se acepta la creación judicial del derecho, no se puede negar que el juez debe mostrar el proceso de creación o, por lo menos, los instrumentos con que garantiza la interdicción de la arbitrariedad; ello deja una impronta especial en el fallo. Como conclusión, podemos afirmar que aun en la ideología de la decisión judicial libre o no vinculada, la tarea del juez, reflejada en la estructura de la sentencia, no solo se desenvuelve racionalmente sino que debe permitir un control externo de tal racionalidad.

Cuando se admite una coexistencia, más o menos pacífica, entre el derecho de creación judicial y el derecho legal, para dejar fluir el dinamismo de la vida y evitar la esclerosis, corresponde a la sentencia mostrar esa forma de coexistencia entre los dos derechos y garantizar, en ambos casos, un mínimo de certeza y estabilidad. Corresponde al juez dar cuenta en la sentencia cómo garantiza la conciliación entre dinamismo y creación del derecho, por un lado, y certeza, estabilidad, predictibilidad y seguridad jurídica, por el otro. En semejante situación, la sentencia judicial es el momento cumbre de expresión de la tan deseada estabilidad de las expectativas o predicciones sobre el futuro, necesarias a cualquier sistema jurídico evolucionado, pues el derecho persigue ante todo la estabilidad de las

expectativas racionalmente contruidas, y sin esa predictibilidad la vida social es imposible.

SÍNTESIS DEL MODELO DE DECISIÓN

Podemos adelantar la afirmación de que el discurso jurídico es un discurso sobre los hechos y que ni siquiera cuando se hacen valoraciones es posible escapar de la necesaria vinculación con los hechos. Así, un hecho puede ser jurídicamente relevante desde una perspectiva constitucional, legal o reglamentaria o un hecho puede ser relevante moralmente, éticamente, pues los juicios de valor o de reproche solo son construibles a partir de los hechos, y únicamente los hechos pueden ser moralmente valorados como correctos o incorrectos. Desde luego que la corrección también puede predicarse respecto de los juicios lógicos y de las operaciones matemáticas, pero allí el sentido de la corrección es diferente. La corrección de la que venimos hablando está más próxima a la aprobación general o a la pretensión de universalización de una conducta; este sentido de la corrección es algo así como que una mayoría estaría dispuesta a acoger o admitir una conducta como plausible, aunque no se pueda universalizar en términos absolutos. Por el contrario, la corrección en sentido lógico o matemático no es más o menos universal sino universal en sentido absoluto; entonces, no puede compararse la corrección lógica con la corrección como aprobación social de un hecho porque este se ajusta a los estándares sociales o a las previsiones de la ley.

139

Podemos aceptar que el universo del derecho está constituido por aquellas conductas de los hombres que resultan relevantes para el derecho mismo; así, el objeto del derecho es una porción de la conducta humana, aquel segmento de los hechos del hombre que el mismo derecho decide que son importantes o relevantes. En principio, los hechos relevantes para el derecho son aquellos que pueden ser conocidos porque de alguna manera se han puesto en el circuito social.

Siempre se ha ponderado la libertad de pensamiento como una conquista de la civilización, cuando en verdad la libertad de pensamiento no es un hecho y, por ello, escapa al dominio social por una

sola razón de orden epistemológico: nadie puede conocer el pensamiento ajeno. Las ciencias normativas pueden ocuparse de la libertad de palabra o de la libertad de obrar pero no de la libertad de pensar, pues a ese mundo no llega el conocimiento con sus modestísimas herramientas. Por lo mismo, no puede hablarse de un derecho a la libertad de conciencia o a la libertad religiosa, pues esos son dominios ajenos al conocimiento porque no son hechos que tengan lugar en el espacio y, por ello, engañan al observador externo e incluso juegan malas pasadas al propio individuo, que no siempre tiene claro aquello en lo que cree.

140 Lo que anteriormente se ha dicho respecto del mundo del derecho es particularmente cierto si nos trasladamos al único universo del proceso. En el dominio del proceso, lo relevante son los hechos y a partir de esta afirmación pretendemos crear un modelo de investigación y decisión que opera con representaciones de los hechos.

El momento de la decisión es algo así como un caos o, tal vez, el punto de inflexión donde la curva cambia de sentido (matemáticamente, cambio de signo), en tanto el juez retorna o desanda el camino recorrido en el itinerario del proceso, para narrar cómo ha operado el proceso de formación del convencimiento.

El modelo de decisión que ha sido sugerido reclama que el juez haga tabla rasa y se olvide por un momento de todo cuanto ha aprendido en el proceso, proceso en cuyo epílogo debe elegir entre las elecciones de las partes, las preferencias del legislador, las preferencias legales, las preferencias sociales y los valores.

El primer momento de la decisión judicial no es un momento normativo, sino un momento fáctico o de los hechos.

El juez, llegado ese primer momento, tiene que excluir toda valoración, no puede preguntarse si fue violada la ley penal y casi tiene que ignorar lo que dice ley penal o lo que prevé la ley civil sobre esta materia. Esta etapa de la decisión judicial, para que sea más objetiva, debe abandonar todo prejuicio normativo, toda valoración. Cuando un juez acomete la tarea de dictar una sentencia, en un primer momento no debe preguntarse si el acusado ha violado la ley penal, sino que debe dar prioridad a la configuración de los hechos.

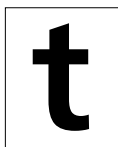
Tampoco debería preguntarse un juez de familia, en ese primer momento de la decisión, si existe un motivo de divorcio o la necesi-

dad de poner fin al matrimonio. Es posible que en virtud del aprendizaje que ha realizado el juez, haya sentido la necesidad del rompimiento de un vínculo matrimonial o de que se castigue un hecho, pero debe abandonar ese prejuicio y presentimiento. Es también probable que el juez, como resultado de toda la interacción con los sujetos, las pruebas, y el universo social, se forme un prejuicio sobre cuál debe ser su conducta respecto del hecho investigado, pero eso no es sino un prejuicio que debe abandonar prontamente. El primer trabajo del juez es la configuración de los hechos en crudo, sin calificarlos jurídicamente, y ese trabajo recae sobre los hechos probados en el proceso.

t

La siguiente sentencia de Tutela debe ser analizada, en especial para examinar los problemas de selección del marco normativo, la creación de lagunas artificiales y la habilitación de un modelo de decisión libre. Una vez hecho el estudio, contrastar las conclusiones con el resultado del ejercicio de la unidad segunda sobre el mismo tema y establecer relaciones. Igualmente, ha de hacerse una discusión colectiva sobre la decisión esperada, luego del fallo de tutela, la independencia judicial y el derecho constitucional a la doble instancia.

Considerar en grupos cómo se daría cumplimiento a los siguientes pasajes del fallo de la Corte Constitucional y luego compararlos en colectivo: "Como quiera que en las instancias no se consideró con la debida atención, la influencia causal que puede tener el hecho de separar al propietario de la administración de los bienes, se decretará la nulidad de lo actuado en el incidente de regulación de perjuicios hasta el momento en que se termina el debate probatorio, a fin de que el Juzgado ... Civil del Circuito evalúe si es necesario practicar pruebas oficiosamente, tendientes a demostrar este elemento básico en la estructura de la imputación, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia... ordenar las pruebas necesarias para determinar, entre otros elementos de la responsabilidad, los siguientes: i) qué incidencia en la producción del daño pudo



haber tenido el hecho de privar al propietario de la administración de sus bienes, ii) si el daño producido por un tercero también le es imputable al demandante, precisamente por haber despojado al propietario de la administración, y iii) si se trataba de riesgos de terceros, estos eran cognoscibles para el demandante. Ello explica, además, la decisión de revocar las sentencias dictadas en el proceso de tutela.

“Sentencia T-114/02 Referencia: expediente T-483107

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002).

142

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en uso de sus facultades constitucionales y legales ha proferido la siguiente: SENTENCIA, dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el trámite de la acción de tutela instaurada por ... y otros, mediante representante legal, contra la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. El señor ... instauró acción de tutela, en calidad de apoderado de ..., en contra de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, por considerar que los mencionados despachos judiciales han vulnerado los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la doble instancia de los accionantes.

Los hechos que originaron las sentencias materia de revisión son los siguientes:

- El Banco ... adelantó ante el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, proceso ejecutivo hipotecario contra el señor ..., con el fin de obtener el pago de las obligaciones dinerarias contenidas en los pagarés 10531432 y 10531360, por la sumas de \$1.000.000 y \$ 300.000, respectivamente.

- En el proceso citado se ordenó el embargo y secuestro de los predios ... alto y ... bajo de propiedad del demandado.

- El curador *ad litem* designado alegó dentro del proceso mencionado la excepción de prescripción. No obstante, el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia de abril nueve (9) de 1991 declaró improcedente esta y, por ende, ordenó la venta en pública subasta del inmueble hipotecado.

- En virtud de apelación contra la sentencia anterior, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia de diecisiete (17) de septiembre de 1991 revocó esta, en razón de que encontró probada la excepción de prescripción invocada por el demandado y, en consecuencia, ordenó levantar las medidas cautelares sobre los inmuebles de este y, además, condenó al demandante al pago de los perjuicios ocasionados con la medida cautelar.

143

- El demandado por intermedio de apoderado inició ante el Juzgado ... Civil de Circuito de Bogotá el trámite del incidente de liquidación de perjuicios. Sin embargo, declaró la nulidad de la actuación mediante auto de veinticinco (25) de octubre de 1996, pues no se notificó al demandante acerca del trámite incidental que estaba adelantando el citado despacho judicial contra este.

- Posteriormente el demandado por intermedio de su apoderado interpuso recurso de apelación contra la providencia anterior y, en consecuencia, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante auto de noviembre catorce (14) de 1997, revocó esta y ordenó que el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá continuara con el respectivo trámite incidental.

- El Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto de treinta y uno (31) de enero de 2000, declaró probada la reclamación de perjuicios y ordenó al ... el pago de los mismos. Al respecto, el despacho en la parte resolutive dispuso lo siguiente:

‘ 1. Declarar no probada la objeción que por error grave se hizo o propuso al dictamen pericial rendido en este incidente.

2. Declarar probada la reclamación de perjuicios hecha por el demandado ... conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

3. ORDENAR a la entidad demandante ... pagar por concepto de tales perjuicios al demandado ..., la suma de ...

4. Costas de este incidente a cargo de la parte demandante, esto es, Banco... Tásense y liquídense' (fl. 114).

- La anterior decisión fue apelada por el apoderado del Banco ..., por cuanto no aparece prueba en el expediente que 'acredite que el Banco es responsable de unos supuestos daños como consecuencia de la medida cautelar practicada y mucho menos de su cuantía' (fl. 22).

- Por consiguiente, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante auto de cuatro (4) de diciembre de 2000, revocó los numerales 2, 3 y 4 del auto de treinta y uno (31) de enero de 2000 proferido por el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, pues de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, el Banco ... no era responsable del pago de los perjuicios ocasionados al inmueble objeto de la medida cautelar, sino que estos se debieron a la intervención de un tercero. Al respecto, la Corporación en la parte resolutive dispuso lo siguiente:

‘PRIMERO: CONFIRMAR el numeral 1º del auto de fecha 31 de enero del año 2000 proferido por el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, por medio del cual se desechó la objeción por error grave dentro del proceso EJECUTIVO del BANCO ... contra...

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 2, 3 y 4 del auto de fecha 31 de enero del año 2000 proferido por el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, para en su lugar desestimar las pretensiones del incidentante.

TERCERO: Condenar en costas de ambas instancias a la parte promotora del incidente. Tásense las de este grado' (fl. 104).

2. El accionante solicita que el juez de tutela ordene: (i) revocar los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de la providencia de cuatro (4) de diciembre de 2000 de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; (ii) confirmar los numerales 2, 3 y 4 de la parte resolutive del auto de treinta y uno (31) de enero de 2000 proferido por el Juzgado Catorce (14) Civil del Circuito de Bogotá; (iii) adicionar al mencionado auto la indemniza-

ción por el deterioro del inmueble embargado; (iv) actualizar la anterior suma conforme a los índices de devaluación del peso, y (v) el pago de las costas del proceso al demandado.

3. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante sentencia de dos (2) de abril de 2001, negó la protección solicitada por el accionante, en virtud de que los fallos emitidos por el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá y la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no constituyen vías de hecho, por cuanto se encuentran sustentados en un determinado criterio jurídico compatible con la Constitución, la ley y la jurisprudencia. En efecto, el juez de primera instancia consideró que el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, fundamentó su decisión de condenar al Banco ... por lucro cesante, con base en un análisis serio y ponderado de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y, por ende, la decisión impugnada no configura una vía de hecho susceptible de protección judicial a través de la acción de tutela. Además, el juez de primera instancia consideró que el demandante a través del recurso de apelación interpuesto contra la mencionada decisión, tuvo la oportunidad de controvertir la condena por perjuicios decretada por este despacho judicial.

145

Por otra parte, el juez de primera instancia determinó que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá revocó la decisión anterior, con base en una interpretación racional y objetiva del ordenamiento jurídico, respecto a la responsabilidad civil extracontractual derivada de la práctica de medidas cautelares. De esta manera, la Corporación efectuó una evaluación del material probatorio, con objeto de determinar si el daño invocado por el demandante como fundamento de su pretensión indemnizatoria, tuvo como causa la medida cautelar de embargo y secuestro decretada por el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá. En efecto, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá consideró que el daño producido sobre los predios no tiene nexo de causalidad con las medidas cautelares, sino que fue fruto de la intervención de un tercero. En suma, el juez de primera instancia consideró que los fallos anteriores tienen como fundamento una interpretación razonable y objetiva del ordenamiento jurídico y de las pruebas allegadas al

proceso. Por tanto, no constituyen actuaciones arbitrarias e irracionales susceptibles de control por vía de acción de tutela.

146

4. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia de primero (1) de junio de 2001, revocó la decisión de primera instancia, por cuanto el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto del treinta y uno (31) de enero de 2000, vulneró los derechos a la doble instancia y al debido proceso del demandante, en virtud de que omitió pronunciarse sobre la pretensión principal invocada por este en su demanda, esto es, el reconocimiento del daño emergente ocasionado por el deterioro del bien inmueble embargado. En efecto, el demandante impugnó la decisión en mención, sin embargo, ello no comporta el ‘mantenimiento del principio de la doble instancia en la medida en que una de las pretensiones, en el caso de ocupación la más importante, que por su naturaleza goza de dicho principio, termina siendo decidida por el superior, pero en única instancia, pues evidentemente en un evento como este esa decisión no puede recurrirse y con ello ejercitarse el derecho de contradicción’ (fl.18). Por consiguiente, el juez de segunda instancia con objeto de proteger los derechos fundamentales vulnerados por la actuación de la autoridad judicial demandada, decretó la nulidad de lo actuado en el incidente de regulación de perjuicios, a partir del auto de fecha 31 de enero de 2000.

Posteriormente el apoderado del accionante mediante escrito de quince (15) de junio de 2001 solicitó ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura aclaración y adición del anterior fallo, respecto a si la orden de protección dada por este de declarar la nulidad de la actuación adelantada por el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá comprende el dictamen pericial cuya objeción grave fue denegada en las dos instancias. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura consideró que la nulidad decretada no incluye la objeción al dictamen pericial por error grave, por cuanto “no ‘puede dejarse sin valor ni efecto las decisiones que en primero y segundo grado desecharon la objeción por error grave al dictamen pericial, pues ciertamente estas gozaron de las dos instancias que no tuvo la solicitud de condena al pago del daño emergente que fue el fundamento principal para haber emitido la orden de amparo’ (fl. 52).

5. La anterior decisión fue remitida a la Corte Constitucional, quien la seleccionó para su revisión por medio de auto del veintiocho (28) de agosto de 2001 de la Sala de Selección Número Ocho.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. En mérito de lo expuesto, esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos que enfrenta la Corte

2. De acuerdo con los hechos del presente caso, deben analizarse diversos problemas. En primer lugar, si los jueces demandados incurrieron en defecto sustantivo, al interpretar el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil en el sentido de establecer una responsabilidad aquiliana, en lugar de una objetiva, como lo pretende el demandante. En segundo lugar, si la interpretación que hizo el tribunal demandado, de la legislación procesal, de la cual deriva que ellas imponen una carga de vigilancia exclusiva sobre el demandado, que da lugar a una eximente de la responsabilidad del demandante, constituye un defecto sustantivo. Finalmente, si el juez demandado también incurrió en una vía de hecho, al no considerar con detenimiento la influencia causal que pudo tener en la producción del daño, el hecho de haber sido separado el propietario de la administración de sus bienes, como consecuencia del embargo y secuestro. Vía de hecho que se configuraría, por omitir el estudio de un aspecto básico –para este caso– en la estructura de la imputación. Tema legal que tiene trascendencia constitucional, porque un error manifiesto en la interpretación y aplicación de la ley puede afectar el derecho fundamental al debido proceso.

147

Presunto defecto sustantivo por inaplicación del artículo 687 del C. P. C.

3. En el caso bajo estudio el actor pretende que se revoque una decisión adoptada en segunda instancia por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en virtud de la cual se revocan los numerales 2, 3 y 4 del auto proferido por el Juzgado Catorce ... Civil del Circuito de Bogotá el treinta y uno (31) de

enero de 2000. A juicio del peticionario, dicha providencia desconoce el inciso final del artículo 687 del C. P. C, según el cual ‘Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1º, 2º y 4º a 8º del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa. Si el juez no impone dicha condena, el auto será apelable en el efecto devolutivo’. En efecto, el accionante considera que la citada disposición consagra ‘en forma clara, precisa y contundente, que no da lugar ninguna interpretación, sino a su plena aplicación en el sentido de que el demandante debe indemnizar los perjuicios causados con la consumación de las medidas cautelares, los cuales se han probado a través del incidente’ (fl. 14).

148

El Tribunal, por su parte, considera que dicha norma no consagra una responsabilidad objetiva, sino que, al igual que ocurre con el régimen de responsabilidad en el ordenamiento colombiano, esta es aquiliana. Así, es necesario probar la existencia de un daño, una conducta que origina el daño y el nexo causal entre estos extremos. En cuanto a la relación de causalidad entre la petición de la medida cautelar y el daño, el Tribunal agrega que ha de considerarse, además, la reglamentación de la rendición de cuentas por parte de los secuestres, puesto que de ella se desprende que el propietario del bien objeto de la medida cautelar tiene la carga de vigilar el destino de los bienes afectados, en cuanto no han salido de su patrimonio. De ahí que ‘el demandado puede y debe, más que nadie, reclamar al juez que el secuestre rinda cuentas de su gestión y si nada de ello hace no puede trasladar al demandante el resultado de una mala administración hecha por el secuestre’. El Tribunal concluye con una cita de los hermanos Mazaud, quienes afirman que ‘la Corte de Casación (francesa) reconoce, en particular...; que quien procede erróneamente a un embargo no responde de la malversación a la que se entrega el guardián de los objetos embargados’.

La Sala observa que en este punto el problema no se centra en la definición de la norma aplicable, sino en la interpretación su, así como del régimen legal que rodea la situación reglada. Así las cosas, prima facie, el problema es de raigambre legal y, por lo mismo, no es la tutela el mecanismo idóneo para debatirlo. Empero, tal como lo ha

señalado esta Corporación⁴⁶, los asuntos legales adquieren relevancia constitucional cuando de ellos se desprenden violaciones a los derechos y deberes constitucionales. En el presente caso, está en juego el derecho al debido proceso, razón suficiente para proceder al análisis del caso.

Jurisprudencia de la Corte Suprema

4. El demandante considera que la norma –art. 687 del C. P. C.– consagra una responsabilidad objetiva. El tribunal, por su parte, considera que es aquiliana. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre la indemnización por perjuicios causados por medidas cautelares, ha afirmado lo siguiente: ‘1. Quien comete un delito o culpa que ha inferido daño a otro, debe indemnizar a la víctima, que con tal propósito tiene a su cargo la demostración plena de todos los elementos necesarios para generar en la conciencia del juzgador la convicción de que es procedente la condena; elementos estos consistentes, como se sabe, en el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros. El postulado inmerso en el artículo 2341 y en otras disposiciones del título 34 del libro 4 del C. C. consagra el perjuicio como uno de los pilares fundamentales de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no es posible disponer indemnización alguna, pues según lo ha reiterado esta Corporación, en el campo extracontractual la ley no presume ese requisito. Sin daño fehacientemente comprobado, ha dicho la Sala, no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. (G. J. LXII, 136).

149

2. Como especie particular de culpa aquiliana, el empleo abusivo de las vías de derecho sólo puede ser fuente de indemnización, cuando, simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el ofendido acredita plenamente el daño que ha sufrido y su relación causal con aquellas. De manera que esta sigue la regla general predicable en materia de responsabilidad civil extracontractual, esto es, que el perjuicio sólo es indemnizable en la medida de su comprobación.

3. Nada distinto a lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 510 del C. de P. C., pues si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño.

150 Dicho de modo diverso, el hecho de imponer la ley una condena preceptiva como la consagrada en el artículo 510 del C. de P. C., no implica para el beneficiario de la misma un tratamiento favorable en materia probatoria que lo libere del deber de acreditar los elementos configurativos de la responsabilidad aquiliana.

4. Fluye de lo expuesto que la condena preceptiva de que se habla no es tampoco de aplicación rígida ni automática, sino que está sujeta a la comprobación, por parte del interesado, de los elementos que la estructuran. Empero, es de ver que aun si se admitiera en gracia de discusión que la imposición de dicha condena es forzosa, al presumir la ley la ocurrencia de los perjuicios delante de los supuestos fácticos contemplados por el artículo 510 del C. de P. C., incluso frente a esa consideración, se repite, sería pertinente ver que si bien es verdad, ello implicaría el otorgamiento de un tratamiento más benigno en materia probatoria para el ejecutado, no lo es menos que lo así hipotéticamente consagrado sería predicable a lo sumo del proceso ejecutivo, pero en manera alguna del proceso ordinario, ante el cual hubiese tenido que acudir aquel para obtener la correspondiente indemnización, por cuanto, como bien vale la pena destacarlo, habría total autonomía entre uno y otro de esos procesos. Desde luego, así tuvieran que entenderse presumidos los perjuicios aludidos en el art. 510 del C. de P. C., esa presunción devendría intrascendente en el proceso ordinario, como quiera que en este sería forzoso acreditar la existencia de los mismos para que pudieran entrar en el concepto de daño indemnizable.

5. Dígase, pues, una vez más que la condena preceptiva consagrada en el artículo 510 del C. de P. C. no solo no está exenta de la

carga de demostrar el daño, sino que aun cuando lo fuera, cual lo plantea el recurrente, ese criterio no podría argüirse con idéntico propósito dentro del ámbito del proceso ordinario adelantado por el ejecutado con miras a obtener la indemnización que cree merecer y de la que se vio privado por el comportamiento omisivo del juez de la ejecución, pues aun bajo ese supuesto tendría que someterse el actor al amplio debate propio de aquel proceso.

6. Brota de lo precedente que como el ataque formulado contra la sentencia en este cargo está orientado a notar la naturaleza de condena preceptiva ostentada en la parte analizada del art. 510 del C. de P. C., lo mismo que a hacer ver cómo en esa norma se consagra una presunción del daño sufrido por el ejecutado, el cargo no está llamado a abrirse paso, porque esa consideración no es suficiente para producir por sí sola el derrumbamiento del fallo, edificado sobre el criterio del ad quem consistente en que los perjuicios debían ser probados tanto en el proceso ejecutivo como en el ordinario, criterio en el que, por lo dicho, no se advierte el desacierto combatido por la censura⁴⁷.

151

Por tanto, en este punto, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá adoptó la providencia de cuatro (4) de diciembre de 2000, de conformidad con la Constitución, la ley y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual no resulta incompatible con la Carta Política⁴⁸. En consecuencia, en este aspecto la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá interpretó el ordenamiento jurídico de conformidad con el precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia, lo que desecha la existencia de un defecto sustantivo.

Resuelto este extremo, la Corte analizará la posición del Tribunal sobre las consecuencias del régimen de responsabilidad aquiliana, en el presente caso.

Defecto sustantivo por interpretación indebida de los artículos 10, 599, 688 y 689 del C. P. C.

47 Sentencia de casación, 12 de julio de 1993, M. P. Nicolás Bechara Simancas.

48 Jurisprudencia reiterada en las sentencias: 2 de diciembre de 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta y 2 de agosto de 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

5. La Corte considera que el tribunal demandado incurrió en vía de hecho por dos razones: insuficiente argumentación y la introducción de elementos ajenos al juicio de responsabilidad.

En la segunda instancia del incidente de regulación de perjuicios, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revoca lo decidido por el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, ya que en su concepto el demandante no tenía responsabilidad alguna sobre la vigilancia del secuestre, sino que dicha tarea incumbía exclusivamente al demandado. Por lo tanto, en tanto que no existe relación causal entre la anegación del inmueble y la conducta del demandante, no se configura responsabilidad alguna en cabeza de este.

152 Para apoyar su decisión, el Tribunal interpreta varios artículos del Código de Procedimiento Civil, en los cuales se establece que las partes pueden solicitar al juez que conoce del asunto que remueva al secuestre si este incumple con sus deberes (art. 688 del C. P. C. modificado por art. 1. Num. 345 del Decreto 2282 de 1989), y la obligación del secuestre de rendir cuentas de su gestión al terminar el encargo, las cuales se tramitarán de acuerdo con lo estipulado en el artículo 599 del C. P. C. (art. 689 del C. P. C.). Este último artículo indica que la entrega del bien se hará ‘a quien corresponda’. La norma no precisa a quien se refiere con dicha expresión, pero ha de entenderse que es un hecho futuro: a quien el juez decida que deba entregarse el bien; es decir, puede ser a favor del demandante o del demandado. Esta persona tiene a su disposición una acción para reclamar perjuicios causados por el secuestre.

6. En la argumentación expuesta por el Tribunal, claramente aduce que la carga de solicitar medidas de protección de los bienes embargados y secuestrados corresponde al titular de la propiedad de los mismos, pues ‘mientras no haya sido vencido en el litigio tiene el deber de permanecer en vigilia respecto del destino que pueden tener los que son sus bienes’. Empero, en la misma argumentación sostiene que ‘la actividad desplegada por el secuestre debe ser controlada por el juez y las partes, pero es muy notorio que esa actividad de control corresponde más al futuro adjudicatario’. Se pregunta la Corte: si dicho control corresponde más al futuro adjudicatario, ¿cómo arriba a la conclusión de que es responsabilidad del propietario mientras

no sea vencido en el juicio? La línea argumentativa del Tribunal es completamente contradictoria, pues en primer lugar sujeta el deber de control a un hecho incierto (el futuro adjudicatario) para luego fijarlo en el propietario mientras no sea vencido.

A lo anterior ha de sumarse el hecho de que una y otra conclusión se apoyan en premisas contradictorias: la estructura del secuestro para apoyar una carga del futuro adjudicatario y las facultades de administración de todo propietario, para fijar la carga en el demandado, lo que exigiría que el propietario no fuera despojado definitivamente de su propiedad.

6.1. La aplicación de los mandatos del legislador es tarea del juez. La comprensión de tales mandatos no siempre es sencilla, pues por diversas razones, como fallas en la técnica legislativa o la indeterminación propia del lenguaje, exigen al juez que interprete las normas pertinentes, con independencia del resultado del ejercicio hermenéutico, en tanto que una actividad racional, el proceso de interpretación y su soporte, ha de apoyarse en una argumentación suficiente⁴⁹.

Uno de los elementos básicos para que una argumentación judicial se estime suficiente es que sea coherente. Es decir, que no incurra en contradicciones. Si, a partir de la interpretación de las normas N1, N2 y N3 se llega a la conclusión A, el juez tiene que asumir las consecuencias derivadas de esa conclusión A u ofrecer suficientes argumentos que justifiquen porqué, en el caso concreto, A no resulta admisible. Tales argumentos, cabe señalar, pueden basarse en otras normas N4, N5, etc. Empero, no basta con citar otras disposiciones para justificar una conclusión B, sino que resulta indispensable mostrar cómo las normas N4, N5, etc., al considerarlas sistemáticamente con las normas N1, N2 y N3, imponen –lógica y argumentativamente– la conclusión B. Incumplir este paso implica que el juez ha tomado preferencia por una conclusión sin justificación alguna; es decir, su decisión es el resultado no de un razonamiento jurídico, sino la reproducción de ‘las simples inclinaciones

o prejuicios de quien debe resolver un asunto’, lo que constituye una vía de hecho⁵⁰.

6.2. En el presente caso se observa que el Tribunal arriba a una conclusión A (control a cargo del futuro adjudicatario) apoyado en ciertas normas, mientras que otras lo conducen a la conclusión B (control a cargo del propietario del bien). El Tribunal prefiere la solución B, sin que ofrezca argumento alguno que explique cómo las normas que soportan la segunda conclusión alteran la interpretación razonable de aquellas que conducen a la conclusión A, y que obligan a preferir la solución B.

154

El Tribunal debía explicar cómo la primera conclusión, esto es, que los artículos 10, 599, 688 y 689 del C. P. C. generaban una carga para el ‘futuro adjudicatario’, se debía ajustar a la segunda conclusión: la carga pesa únicamente sobre el propietario. No bastaba, para tal efecto, aludir a la existencia de acciones –sin mencionarlas– en cabeza del propietario, sino que tenía que demostrar cómo tales acciones no eran predicables del demandante. El Tribunal no hizo más que sostener que era el propietario quien debía soportar la carga de vigilancia, sin mencionar fuente normativa que apoyara la conclusión.

De las normas en cuestión prima facie no se deriva una fijación de cargas sobre las partes en el proceso. Simplemente, el legislador les autoriza acudir al juez para solicitar la remoción del secuestre. Si el Tribunal consideraba lo contrario, debía ofrecer argumentos sólidos y suficientes que justificaran su postura. Dicha falta de argumentación, y la introducción de elementos extraños al juicio de responsabilidad, torna la decisión en vía de hecho.

7. El Tribunal demandado consideró que no existía nexo causal entre la demanda inicial y el decreto de medidas cautelares y el daño derivado de la anegación de los inmuebles embargados y secuestrados. En su concepto, ‘para poder atribuir responsabilidad a la demandante [Banco ...] por las acciones de terceros sería menester demostrar que el demandado, en su calidad de propietario, intentó las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa

50 ídem.

judicial del predio y que no fue oído por la autoridad competente por la existencia de la medida. Como no se ha demostrado que la medida cautelar haya sido un impedimento para que el propietario atajara el daño que se estaba causando a su predio, desaparece el vínculo causal idóneo para derivar responsabilidad a cargo del demandante’.

Resulta claro que esta posición del Tribunal se apoya en dos elementos. En primer lugar, que a efectos de determinar la responsabilidad del demandante (Banco ...) resulta necesario primero examinar lo realizado por quien estaba obligado a cuidar del bien: el propietario. Segundo, tiene que probarse que las medidas cautelares eran un impedimento para la protección del bien.

El Tribunal no podía ser más explícito respecto del primer elemento:

155

‘Es muy notorio que esa actividad de control [control sobre el secuestre] corresponde más al futuro adjudicatario y, por qué no decirlo desde ya, al propietario de las cosas, que mientras no haya sido vencido en el litigio tiene el deber de permanecer en vigilia respecto del destino que puedan tener los que son sus bienes. Entonces, el demandado puede y debe, más que nadie, reclamar al juez que el secuestre rinda cuentas de su gestión y si nada de ello hace no puede trasladar al demandante el resultado de una mala administración hecha por el secuestre’.

A pesar de que argumentativamente el Tribunal se apoya en dos elementos, como se ha indicado, en realidad, ellos conducen a uno solo. Que el propietario del bien era la persona encargada de ejercer los mecanismos de vigilancia sobre el destino del inmueble secuestrado y embargado. En el fundamento anterior se ha mostrado cómo dicha postura del Tribunal no resulta admisible, razón por la cual lo que sigue pierde fuerza argumentativa.

Con todo, la Corte estima necesario pronunciarse sobre el juicio de causalidad que impone el Tribunal. El demandante sería responsable si el demandado hubiese iniciado acciones de protección del bien de su propiedad, y que hubieran fracasado por causa de las medidas cautelares.

7.1. Como se puede observar, el nexo causal está íntimamente ligado a la conducta de una de las partes. Si el demandado-propietario no inicia las acciones de protección de su bien, no es posible establecer si las medidas cautelares se convierten en causal de fracaso de los instrumentos de conservación. Como quiera que se ha indicado que tal carga no se desprende de las normas positivas y que el Tribunal demandado no aportó elementos de juicio que permitieran interpretar el ordenamiento en otro sentido, dicho juicio de causalidad resulta equivocado.

7.2. Si positivamente no existe una carga de vigilancia sobre las partes y, al mismo tiempo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el artículo 687 no contempla una responsabilidad objetiva, cabe preguntarse cuál es el nexo causal entre las medidas cautelares y el daño.

Las medidas de embargo y secuestro tienen por efecto separar al propietario de la administración, explotación y custodia del bien afectado por la medida (C. P. C. art. 683). Habida consideración de este hecho, la pregunta sobre la relación causal se establece a partir de analizar cuáles son las consecuencias que se derivan de la adopción de medidas cautelares, sobre la capacidad del propietario para proteger su bien.

La persona separada de la administración de sus bienes no está en idéntica capacidad de protegerlos, que cuando estaba en pleno ejercicio de sus facultades jurídicas. El estudio de la relación de causalidad entre las medidas cautelares y el daño, debe abordarse desde la siguiente perspectiva: ¿la imposibilidad del propietario de proteger su patrimonio, como consecuencia de la restricción del control sobre el bien, influyó en la producción del daño?

8. En resumen: i) el Tribunal demandado no aportó suficientes argumentos jurídicos para derivar una carga de vigilancia exclusivamente en el demandado, ii) excluyó del juicio de responsabilidad un elemento que le es propio (la influencia causal en la producción del daño, que tiene el hecho de separar al propietario de la administración de sus bienes), y iii) incluyó un elemento ajeno a la estructura de la responsabilidad, como era la carga de vigilancia sobre el bien que se radicó en el propietario, incurriendo en vía de hecho por defecto sustantivo.

9. Como quiera que en las instancias no se consideró con la debida atención la influencia causal que puede tener el hecho de separar al propietario de la administración de los bienes, se decretará la nulidad de lo actuado en el incidente de regulación de perjuicios hasta el momento en que se termina el debate probatorio, a fin de que el Juzgado ... Civil del Circuito evalúe si es necesario practicar pruebas oficiosamente, tendientes a demostrar este elemento básico en la estructura de la imputación, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia. Tema legal que adquiere trascendencia constitucional por su incidencia en la protección de los derechos fundamentales del demandado. La nulidad no afectará las pruebas válidamente practicadas durante el incidente.

Esta decisión, debe observarse, se adopta ante la necesidad de asegurar el disfrute del derecho constitucional violado. A fin de lograr dicho goce, el juez de tutela está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para ‘volver al estado anterior a la violación’, como lo dispone el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991. Dicha posibilidad del juez de tutela de modular los efectos de sus decisiones ya se había analizado en sentencia SU-554 de 2001, en la cual se indicó que ‘corresponde al juez determinar cuál es el mecanismo idóneo para lograr la protección del derecho fundamental afectado’. En el presente caso, únicamente con la anulación es posible asegurar que el juez civil del circuito tiene abierta la posibilidad, si la considera trascendente para la efectividad del derecho material, de ordenar las pruebas necesarias para determinar, entre otros elementos de la responsabilidad, los siguientes: i) qué incidencia en la producción del daño pudo haber tenido el hecho de privar al propietario de la administración de sus bienes, ii) si el daño producido por un tercero también le es imputable al demandante, precisamente por haber despojado al propietario de la administración, y iii) si se trataba de riesgos de terceros, estos eran cognoscibles para el demandante. Ello explica, además, la decisión de revocar las sentencias dictadas en el proceso de tutela.

157

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las decisiones dictadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y en su lugar TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, se decreta la nulidad de lo actuado en el incidente de regulación de perjuicios que diera origen al presente proceso de tutela, tramitado ante el Juzgado ... Civil del Circuito de Bogotá, a partir de la apertura del período probatorio, a fin de que dicho proceso se ajuste a lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia. Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase”.

158


EXPECTATIVAS RACIONALES

Los siguientes ejemplos muestran cómo en algunos casos, al hacer elección de consecuencias, se llega a situaciones inesperadas por el intérprete. El grupo puede aumentar el repertorio como ejercicio.

Ejemplo uno:

Un juez consideró ajustado a los fines perseguidos por el productor de la norma pagar un incentivo a quienes cazaran serpientes y las presentaran ante determinada oficina. Con ello se quiso estimular la caza de estos reptiles y disminuir su desbordado crecimiento en determinada región. Pero, lejos de estimular la cacería, la norma auspició la cría artificial de serpientes, y su población y el peligro aumentaron exponencialmente, en contra de los vaticinios del juez administrativo que avaló la medida.

Ejemplo dos:

Otro ejemplo de estimación equivocada de las consecuencias de una decisión.

En un caso hipotético, la norma establece una limitación que prohíbe vender menos de una cajetilla de cigarrillos; lo que implica, en prin-

t

cipio, que el consumidor es obligado a comprar una mayor cantidad del producto. Es una paradoja que la anterior prohibición (no vender menos de una caja) lleve a disuadir el consumo de cigarrillo, en tanto a mayor adquisición, mayor propensión al consumo; lo propio podría decirse de una disposición que imponga como venta mínima un litro de cerveza. Un juez constitucional o administrativo podría verse tentado a juzgar que la consecuencia sería el incremento del consumo, con lo cual se verían frustrados los motivos que inspiran la ley y ello serviría de justificante al retiro de la norma.

Otra visión de los mismos hechos y consecuencias nos pondría a pensar que la restricción dejaría fuera de las posibilidades de compra a las personas de menores recursos, sectores de la población en los cuales se ha demostrado estadísticamente que el consumo es mayor y que tiene un efecto disolvente sobre la economía familiar.

Ejemplo tres:

Si un legislador quisiera controlar una sustancia, por ejemplo, un precursor químico, podría disponer su venta solo en grandes tonelajes. Ello, que en principio podría desaprobarse como ineficaz para combatir el uso, puede tener efecto disuasivo para quienes no puedan comprar esas cantidades y puede también tener como efecto un control adecuado sobre los grandes expendedores, a quienes se podría trasladar la obligación de identificar a los microconsumidores, ahorrando esfuerzos y recursos.

Comentar en grupo:

1. Si el legislador ha puesto los métodos – modelos, elementos, sistemas de interpretación– y el juez debe sujeción estricta a la ley, ¿cómo explica que dos jueces puedan llegar a decisiones diferentes antes válidas?
2. ¿Con qué frecuencia se recurre a los métodos de interpretación en los fallos judiciales?

t

160

3. ¿Son los métodos de interpretación una anticipación del propio legislador sobre su incoherencia?
4. ¿Son los métodos de interpretación un seguro que toma el legislador para salvar su natural incongruencia?
5. ¿Cuál sería la posibilidad de promulgar una norma legal que disponga una jerarquía de métodos de interpretación?
6. ¿Cuando se redacta se ha decidido previamente?, ¿En algún momento la decisión está en la memoria, en la mente, en la conciencia?
7. ¿Cuál es el lugar o los lugares por los que transita la decisión? ¿El documento (sentencia) es apenas una especie de traducción de lo decidido?
8. ¿Cuántas decisiones son necesarias para la decisión y cómo controlar cada una de ellas?
9. ¿Cómo se selecciona el marco normativo? Discusión pública.
10. ¿Cómo rellenar las lagunas normativas?, ¿qué son las lagunas artificiales?
11. ¿El principio *iura novit curia* opera en materia penal?
12. ¿Cómo controlar que la norma pertenezca al sistema jurídico?
13. ¿El paso del tiempo puede derogar normas por desuetud?
14. ¿Pueden existir normas formalmente válidas pero injustas? Discutir públicamente sobre su aplicación.

UNIDAD **5** Variedades de la sentencia

OBJETIVOS

O

En la presente sección se busca examinar algunos de los rasgos individuales de los diferentes tipos de sentencia, aunque se reconoce que hay unos raseros comunes a toda sentencia, entendida ella, en parte, como un acto de comunicación mediante el cual el autor intenta mostrar el itinerario que lo llevó a tomar una decisión.

Además, se muestra claramente el conflicto que puede surgir en los órganos colegiados para alcanzar las mayorías, que no hay una diferencia esencial entre la sentencia de primer y segundo grado, y que solo se salva la preeminencia del juez ad quem mediante un acto de autoridad legislativa que por sí solo carece de soporte lógico, pero que con indudable sentido pragmático causa el cierre necesario del sistema. La pretensión de superioridad del ad quem solo se explicaría, racionalmente, por la admisibilidad y atendibilidad de sus argumentos y no por la jerarquía napoleónica vertical de los órganos judiciales.

EN ATENCIÓN A LAS MATERIAS

Sentencia en sede constitucional

Sin declinar la rigurosidad en el análisis de la apreciación de la prueba, de la estructura argumentativa y de la logicidad que debe

acompañar el razonamiento judicial, no es lo mismo concebir una sentencia de constitucionalidad para derogar o excluir del ordenamiento jurídico, una norma puesta por el legislador, que dictar una sentencia con efectos interpartes en un caso ordinario. Las exigencias mínimas de coherencia y racionalidad son premisas básicas para toda sentencia; pero, probablemente, podemos dar por aceptado que cuando la sentencia judicial busca la exclusión o expulsión de una norma del ordenamiento jurídico, porque ha ingresado a dicho ordenamiento de manera espuria, contraviniendo las formas de producción de las leyes, o porque su presencia en el ordenamiento es incompatible con norma constitucional, las exigencias argumentativas son de tipo diferente. Esta diferencia se explica por la materia misma del debate en sede constitucional, lo que hace que el discurso necesario para expulsar una norma del ordenamiento jurídico sea diferente, tanto en amplitud y comprensión como en las herramientas analíticas y las premisas utilizadas. Aun en sede constitucional, la forma de razonamiento judicial es diferente, pues son diferentes la exigencia y la metodología cuando se trata de control por vicios de forma que cuando se acomete el juicio de la norma frente a las cláusulas que consagran derechos fundamentales que son de tal amplitud que se erigen en significantes vacíos que pueden ser peligrosamente llenados ad hoc, como acontece con cláusulas constitucionales como dignidad humana o libre desarrollo de la personalidad.

Ello no significa resignar, en ningún caso, las exigencias de una altísima disciplina y un profundo rigor en la argumentación, aunque, repítase, con materiales diferentes.

Tampoco sería igual abordar el examen de un caso en casación, si entendemos que la casación tiene la pretensión de unificar la jurisprudencia nacional; pues esa función unificadora, que permite la aplicación igual de la ley para todos, está señalando de manera inequívoca que el auditorio no se reduce a las partes del proceso, sino que proyecta su luz a un auditorio más universal. Entonces, el tema ofrece alguna complejidad por la diferenciación de escenarios y competencias en que se produce la sentencia; si reconocemos que no todos los órganos de la jurisdicción son idénticos, no puede hablarse de una abstracción generalizada y totalizante llamada sentencia judicial, aunque la estructura general sea la misma. Hay diversos tipos de sentencias

judiciales y, para distinguir la tonalidad argumentativa de cada una de ellas y su estructura, es dato importante identificar en qué sede judicial se emite el fallo.

SENTENCIA EN SEDE DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

En sede de control constitucional abstracto, la sentencia ofrece particularidades, en tanto el contraste en este caso se da entre dos normas de tipo abstracto y general, aunque de jerarquía diferente; allí la relevancia de los hechos es menor, casi ninguna, pues se trata de dos normas con estructura más o menos idéntica que entran en abierta colisión por lo que ellas significan en el conjunto del ordenamiento, básicamente por la fuente que las emite, esto es, el Constituyente o el legislador. Probablemente la textura abierta de la norma constitucional ofrecerá una complejidad adicional, o demandará exigencias particulares, en contraste con la norma de tipo legal, que suele tener una estructura menos abierta; en aquella contará la presencia de principios en el análisis y la integración de una especie de proposición jurídica completa o bloque de constitucionalidad, en el que estén incluidos los tratados internacionales. Por supuesto, la parte conclusiva de este tipo de sentencia lleva a un contraste de jerarquía normativa que salva la contradicción en beneficio de la norma de orden superior, esto es, de la Constitución.

163

Lo anterior no excluye considerar las situaciones en que los Tribunales Constitucionales, en sede de amparo, anulan las sentencias de otros tribunales y les imponen el sentido de una decisión, eventos en los cuales hay un verdadero sacrificio de la independencia judicial. Resulta paradójico que el juez constitucional anule la sentencia pero no la sustituya por otra, sino que violente la voluntad del juez natural, que pasaría así a decidir con razones ajenas. La norma que autorizaba la acción de tutela contra sentencias judiciales fue declarada inexecutable y de acuerdo los artículos 2 y 3 de la Carta no se puede reproducir de ello se sigue que si el legislador no puede revivir la autorización de tutela contra sentencias, menos el juez. Si por absoluta necesidad lo hace debe mantenerse sabiamente en la auto restricción y no puede sustituir al juez natural sin violar la constitución.

No puede el juez Constitucional usurpar la competencia del jefe natural. La acción de tutela contra sentencias judiciales, es un hecho político creado por la propia judicatura, como esta necesaria creación esta al margen del ordenamiento constitucional, así lo definió la Corte Constitucional, debe estar restringida y no generalizada. Por ello la acción de tutela no puede comprender las sentencias de ninguna de las altas Cortes, ni imponer al juez la decisión, solo recibir un debate que fue cerrado arbitraria y cuyo cierre produce abierta, clara e indudable violación de derechos fundamentales, un argumento adicional para proteger la independencia del juez y conservar el genuino y excepcional carácter de la acción de tutela, consiste en que el elemento esencial del derecho al debido proceso es el derecho fundamental a la cosa juzgada.

164

SENTENCIA EN SEDE DE CASACIÓN

En sede de casación; la pretensión del sistema es cerrar las instancias del juicio, es decir, clausurar el debate con un efecto directo sobre la sentencia de instancia y sobre las partes. En casación, el resarcimiento de las partes puede ser apenas un efecto marginal, pues la sentencia es un juicio a la sentencia del Tribunal y no a la conducta del procesado o de las partes en el contrato. No hay, salvo excepciones, un juicio sobre los hechos del proceso, es un juicio a la sentencia, un contraste entre ella y la ley; por lo que el esfuerzo argumentativo y el tipo de sentencia son diferentes. Todo ello no descarta que, una vez casada la sentencia, la Corte Suprema de Justicia asuma el papel de juzgador de instancia y que los hechos tomen un papel protagonista, pero son dos funciones enteramente diferentes que señalan que una es la exigencia de la función de la Corte como Tribunal de Casación y otra como juez de instancia cuando debe sustituir el fallo que ha sido casado; desde luego que en los sistemas de reenvío el tratamiento es diferente, pues en ellos la Corte de Casación apenas casa la sentencia y la devuelve al Tribunal para que provea de nuevo.

En casación se reduce la incidencia de la prueba y se genera un mayor respeto por la autonomía de las instancias en la valoración de la prueba.

RECENSIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS

En materia penal, con ocasión del establecimiento de la exigencia de sustentar el recurso de apelación, se ha puesto en evidencia el deber del juez de responder a los alegatos del apelante, deber de respuesta que se erige en una exigencia adicional de argumentación y calificación o descalificación de los planteamientos del apelante. En sentencia de 17 de octubre de 2001, la Sala de Casación Penal de la Corte estableció que la sentencia de segunda instancia tiene como límite de pronunciamiento los temas de la impugnación, tal como ellos fueron planteados por el recurrente. La aplicación precedente comporta una carga de argumentación al recurrente, pues si este omite algún cargo contra la sentencia, con ello estaría limitando la competencia del ad quem. Pero lo más interesante en la sentencia comentada es que ella realiza una de las condiciones de la situación ideal de diálogo de estirpe habermasiana, por cuanto todo participante en el diálogo puede aportar argumentos; y si alguien es requerido a dar respuesta no puede negarse. Igualmente, esta exigencia refleja una combinación de reglas de razón y reglas de carga de la argumentación presentes en Alexy⁵¹. En la misma sentencia la Corte argumentó: “Si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del funcionario de segundo grado y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones de la decisión de primera instancia, es clara la relación de necesidad existente entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del juez de segunda instancia. Providencia impugnada y recurso, entonces, forman una⁵² tensión, que es la que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del prin-

165

51 Regla de razón: “Quienes pueden hablar pueden tomar parte en el discurso”.
(En el proceso judicial: las partes)

Regla de carga de la argumentación: “Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.” Prioridad. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989 págs. 283, 284.

52 Iera que la corte se refiere a una “unidad dialéctica en tensión”.

cipio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el juez de integrar a la estructura del fallo el resumen de los alegatos presentados por las partes y el de analizarlos, de acuerdo a como se encuentra previsto en los numerales 3° y 4° del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal (de 1991)⁵³.

166

En consecuencia, cuando lo que se censura en casación es la falta de motivación de la sentencia de segundo grado, la propuesta debe encontrarse vinculada a la falta de motivación respecto de los temas de discusión planteados a través del recurso de apelación. La propuesta de nulidad por falta de motivación, en cualquier caso, debe versar sobre aspectos sustanciales del fallo. La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. A la fijación de los primeros se llega a través de la realización de juicios de validez y de apreciación de los medios de prueba, guiados estos últimos por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor. El imperativo constitucional de fundamentación apunta a que la sentencia comprenda el respectivo juicio sobre las evidencias probatorias y a que este, de la manera más explícita posible, sea asertivo y no hipotético. Esto porque si el fallo no es expreso o terminante, sino que se manifiesta de forma ambigua o contradictoria, o se refiere a las pruebas de manera simplemente enunciativa, obviando su discusión y la derivación del correspondiente mérito persuasivo, el acto jurisdiccional es defectuoso en cuanto no es susceptible de ser debatido por los sujetos procesales.

Determinados los hechos vienen las consecuencias jurídicas. Aquí la fundamentación es igualmente una exigencia constitucional. Y esta implica no solamente el deber del juez de expresar sin ambigüedad los argumentos jurídicos de sus conclusiones, sino el de responder suficiente y explícitamente a los reclamos formulados por los sujetos procesales.

Una propuesta de nulidad en casación por falta de motivación de la sentencia, entonces, debe encontrarse vinculada a la insuficiente

53 Artículo 170 de la Ley 600 de 2000.

o nula fundamentación del supuesto fáctico que concluyó probado el Juez o de su encuadramiento jurídico, que son los aspectos que estructuran la sustancialidad de la sentencia”⁵⁴.

En materia de nulidad de la sentencia por cuestiones de motivación, todo pasa a depender de la magnitud del defecto. Hay entonces una gradación según sea el tono mayor o menor del error. Tres escalas principales se identifican: carencia total de motivación, fundamentación incompleta, y motivación inextricable, contradictoria o ambigua. Ha dicho la Corte a propósito: “La primera hipótesis surge cuando el funcionario judicial omite precisar las razones de orden fáctico y jurídico que sustentan su decisión. La segunda, cuando el análisis que contiene de estos aspectos es deficiente, al extremo de no permitir su determinación. La tercera, cuando se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido”⁵⁵.

167

Como pasa verse, el carácter rescidente del defecto de argumentación depende de la forma de construir la frontera, entre una argumentación deficitaria y la ausencia total de argumentación. Paradójicamente, se debe argumentar para demostrar el límite entre la ausencia de argumentación y la argumentación precaria. Igualmente para poner hitos a la noción de argumentos contradictorios, que por excluyentes afectan las posibilidades de debatir su contenido y puedan tener la capacidad de provocar la anulación de la sentencia.

Sentencia de 4 de julio de 2001

Determinó la Corte que el quiebre del fallo por falta de motivación debe causar el envío al Tribunal para que la decisión sea dictada de nuevo.

“Sobre el particular, ha sido reiterativa esta Sala de la Corte al señalar que la falta de motivación existe cuando el fallador⁵⁶ omite la presentación del soporte fáctico y jurídico de la sentencia, de tal

54 En igual sentido, sentencia de 15 de marzo de 1999. Radicación 11.279.

55 Sentencia del 27 de febrero de 2001, radicación 15402, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

56 No es acertado, pero sí muy usual, aludir al *fallador* para referirse al juez que decide; en propiedad, la palabra *fallador* refiere a un personaje en el juego de cartas.

manera que los argumentos expuestos resultan inconclusos e impiden conocer el verdadero fundamento de la decisión, resultando insuficiente o contradictorio, confuso y ambivalente.

Al señalarse que la nulidad por falta de motivación entraña un vicio que afecta únicamente la sentencia, que inicialmente determinaría que, por regla general, se dicte el fallo de reemplazo, lo procedente en estos casos es decretar la nulidad y devolver el proceso al Tribunal de origen para que se dicte nuevamente con la exposición clara y razonada del fundamento, pues proceder en forma distinta sería tanto como omitir una instancia, poniendo a los sujetos procesales en la imposibilidad de controvertirla.

168

En consecuencia, resultan inexactas las apreciaciones concebidas por el Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, por la cual demanda la casación parcial y oficiosa del fallo, porque de la revisión de las sentencias se concluye que los funcionarios de instancia dedicaron esfuerzos dialécticos para demostrar el presupuesto fáctico, el grado de culpabilidad y participación de cada uno de los procesados, y desde luego, la concreción de los hechos típicos”.

Sentencia de 19 de julio de 2001

“El primer ataque formulado en la demanda es por la afectación al debido proceso (numeral 2º del artículo 306 [artículo 304 anterior] del Código de Procedimiento Penal) que constituye la causal tercera de casación (nulidad), concretado en la supuesta falta de motivación de la sentencia en cuanto a la forma de responsabilidad por la que fue condenado el procesado (...).

No obstante que la enunciación de la causal y la formulación del cargo son entendibles, no lo es así su fundamentación. Ello ocurre porque el censor no logra precisar en la argumentación cuál es el verdadero propósito de su demanda.

Si pretendía alegar que hubo una falta absoluta de motivación, así debió plantearlo y demostrarlo, probando además la incidencia que ese tipo de error tuvo en el desarrollo del proceso. Si como lo advierte al final de la demanda, la falta de motivación dificultó su derecho de defensa, ha debido comprobarlo y en consecuencia desplazar el cargo de nulidad a la causal 3ª como error de garantía, aban-

donando la 2ª, que corresponde a errores de estructura, dentro del artículo procesal correspondiente.

El censor genera la confusión, no solo por dedicar la mayor parte del tiempo a criticar la resolución de acusación, sino porque lo que anuncia como un defecto de falta de motivación lo convierte en un supuesto error de falta de motivación suficiente. Ello desvirtúa el carácter objetivo del error demandable en casación, pues hace derivar el aparente yerro de la mera opinión del censor, que se manifiesta, no sobre lo que ocurrió –sí hubo motivación– sino sobre lo que a su juicio debió ocurrir –que esa motivación no fue suficiente–”.

Sentencia de 31 de agosto de 2001

“Ciertamente, como lo exige el numeral 4º del artículo 180 del Código de procedimiento Penal anterior, reproducido en idéntico numeral del artículo 170 del actual, la sentencia debe contener ‘el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión’, garantía que es a la vez –además de freno contra la arbitrariedad judicial– consecuencia y motor del derecho de contradicción, en cuanto la expresión de las razones del fallo no solo es respuesta a los planteamientos expuestos por los sujetos procesales en el ejercicio dialéctico del proceso, que es por esencia controversia, sino que constituyen también el marco de referencia dentro del cual debe actuar quien resulte desfavorecido con la decisión para atacar la providencia mediante el ejercicio de los recursos que consagra la ley.

En tanto vulneración del debido proceso por constituir una irregularidad sustancial que afecta toda la estructura del contradictorio, la inobservancia de este requisito debe acusarse en casación a través de la causal tercera en procura de que se invalide la actuación, porque la sentencia carece en absoluto de motivación, pues no se expresan las razones de orden probatorio y jurídico que la sustentan, o porque esta es incompleta, de manera que resulta insuficiente para explicar el sentido de la decisión, o porque dada su ambivalencia o dialogía es imposible comprender las razones en que se fundamenta, hipótesis que desde luego le corresponde demostrar al demandante para sacar adelante su pretensión.

La formulación del reproche no consiste entonces en la afirmación de una simple inconformidad con la valoración hecha en la sentencia o del descontento con los argumentos que suministra el fallador porque se estimen equivocados o de la aspiración a que ellos sean presentados de una determinada manera, sino que debe señalarse con precisión la carencia absoluta o parcial de contenido o el ambivalente razonamiento que les impide a los sujetos procesales explicarse cómo llegó el juez a la conclusión que finalmente expresa en la parte resolutive de la providencia.

170 Por ello, independientemente de las referencias que la sentencia de segunda instancia haga a la de primera, que para desarrollar el discurso adopte aquella el mismo método e idéntico orden que el utilizado por esta, que se apoye en similar prueba y se valore de igual manera a como se hizo en el grado inferior, lo que debe examinarse en punto a la motivación es si la providencia dictada por el ad quem es suficiente por sí sola para explicar la decisión que finalmente toma”.

Sentencia de 31 de agosto de 2001

“Es claro que dar las razones por las cuales se comparten o no las alegaciones de las partes, tiene dicho la Corte, es un requisito formal que se relaciona con la debida motivación de la providencia, cuya omisión entraña nulidad de lo actuado si con ello resulta vulnerado el derecho de contradicción, el cual en ese sentido asiste al derecho de defensa, siendo ambos elementos estructurales de la garantía fundamental del debido proceso.

Ha dicho la Corporación:

“Si el sujeto procesal tiene la carga de sustentar, se logra el equilibrio con la imposición al Estado de escucharlo, analizar lo que dice y ofrecerle una respuesta motivada. La técnica de la casación, por otro lado, no se explica sino en concordancia con estas exigencias. Una sentencia inmotivada dificulta hasta hacer imposible, la crítica clara y la impugnación precisa de sus premisas y conclusiones”⁵⁷.

57 Sentencia de casación de 25 de marzo de 1999, Rdo. 11.279, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Sentencia de 28 de septiembre de 2001

“Incorre el casacionista en un trastocamiento de la lógica, al aducir como cargo principal el de la nulidad por ausencia de respuesta en la sentencia al planteamiento de la defensa, en cuanto que el procesado actuó al amparo de la diminuyente punitiva del estado de ira, y como subsidiario el que igualmente reclama la invalidación del proceso, pero por no haber podido concurrir el representante judicial del acusado a la audiencia de sustentación oral de la apelación, por el yerro que supuestamente se cometió al enviarle la respectiva comunicación a una dirección errada; de esta manera, dizque ignoró la fecha de su realización”.

Sentencia de 28 de septiembre de 2001

“Las falencias de técnica de la demanda son aún mayores cuando el impugnante agrega que el Tribunal anunció la relación de una serie de indicios que establecerían con certeza la existencia de los hechos y la responsabilidad del procesado, pero que finalmente no concreta, según aduce, por limitarse a consignar ‘solamente las conclusiones inferenciales’, pues con un planteamiento de este talante el censor acusa la ausencia de motivación en la construcción del indicio y, por ende del fallo, que como ha precisado la Sala ‘no constituye un error de juicio sino de actividad o constitución del acto procesal —error *in procedendo*—. Censurable en casación por vía de la causal tercera, individualizando la irregularidad denunciada, bien sea por ausencia de motivación, motivación incompleta o dilógica, y demostrando su trascendencia en la vulneración de las garantías de las partes, con la idoneidad suficiente para invalidar lo actuado”⁵⁸.

171

SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

Tal vez los dos tipos de sentencia más afines son los de primera y segunda instancia, en tanto ambas recaen sobre los hechos, las

⁵⁸ sentencia del 15 de diciembre de 1999, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, radicado 13.092.

premisas normativas, los encadenamientos causales, o el engarzamiento o anudamiento de argumentos en torno a los hechos y a las normas legales aplicables. Son dos tipos de sentencia que compiten por el acierto y cuya identidad estructural realmente se salva mediante un artificio de autoridad, en virtud del cual la sentencia de segunda instancia le quita legitimidad a la de primera, no con fundamento en alguna supremacía argumentativa disponible solo para el juez de segundo grado, tampoco estrictamente por la mejor interpretación de los textos normativos y menos porque se anticipe alguna visión particular que permita presumir un mejor análisis de los hechos o de la valoración probatoria en segundo grado; la exclusión de la sentencia de primera instancia y la sustitución por la de segundo grado solo se produce mediante el criterio de autoridad. Para cerrar las dos instancias normales de todo juicio, el legislador ha dispuesto que la segunda pueda ejercer una función revocatoria, sentando de antemano una presunción de acierto que, repítase, solamente está anclada en un argumento de autoridad.

No hay ninguna metodología, instrumental lógico, recurso retórico o estatuto epistemológico de uso exclusivo del juez *ad quem* que le permita, en segunda instancia, forzar la conclusión de que su fallo es más acertado que el de primer grado, tanto, que permita sustraerle vigencia. El entendimiento cabal de tal circunstancia debe imponer al juez de segundo grado un esfuerzo adicional para demostrar que la solución que halló, es argumentativamente superior, que el criterio de autoridad es apenas un auxilio necesario, una disposición de cierto modo arbitraria para cerrar el sistema en la búsqueda del estatus de la cosa juzgada.

Esto no significa una deslegitimación de la segunda instancia, sólo señala que el juez de segundo grado debe estar consciente de que la legitimidad de su sentencia, en tanto aniquila una anterior producida por otro juez, solo estará justificada en proporción a la fortaleza argumentativa que pueda tener y no por una premisa lógicamente demostrable que garantice el acierto del *ad quem*. Dicho con otras palabras, la sentencia de segunda instancia, en verdad, se legitima por sus contenidos; pues el argumento de autoridad no es herramienta que dirima la aceptabilidad de las motivaciones. La superioridad fun-

cional es apenas un recurso artificioso del legislador que desarrolla la Constitución, pero que en sí mismo está huérfano de soporte lógico. Probablemente se invocará que las exigencias de ingreso para ocupar el juzgado de segunda instancia garantizan el acierto de la decisión en este grado; pero, si bien ello constituye algún tipo de salvaguarda, en verdad no es una garantía lógica que dirima racionalmente la probable contraposición argumentativa entre las sentencias de primero y segundo grado. Tampoco la presencia de jueces colegiados en segundo grado es una garantía total de acierto. La participación de jueces plurales puede tomarse como una ampliación del auditorio y, por lo mismo, imprime cierta sensación de que la solución obtuvo una adhesión plural con mayores seguridades y abundante discusión; si bien así se incrementan las salvaguardas, en verdad no hay un criterio lógico para descartar la arbitrariedad ni garantía del acierto del ad quem.

173

Cuando se plantea que la presunción de acierto en segunda instancia, y la consiguiente clausura del debate, carecen de una fundamentación lógica a salvo de error, no se desconoce la utilidad que tiene la doble instancia ni sus fundamentos políticos e ideológicos; lo que se concluye es que no hay ningún instrumental lógico que permita presumir, anticipadamente, el acierto de la sentencia de segunda instancia. La segunda instancia puede tomarse como un verdadero peligro si no se legitima por las bondades argumentativas intrínsecas, por el rigor del análisis y por la seriedad de su motivación, pues no hay un ningún soporte argumentativo de uso exclusivo de la segunda instancia, o un aparato conceptual o de cualquier naturaleza diferente, que dirima en su favor; sólo queda el argumento de autoridad que permite presumir, precariamente, el acierto del fallo de segundo grado.

Por el contrario, podríamos descubrir elementos que conspiran contra la presunción de acierto del juez de segundo grado, tales como que no cumple con el principio de inmediación. Dicho con otras palabras, el juez de segundo grado no participó en el momento de producción de la prueba, no conoció el proceso en formación, no tuvo contacto con las partes, no percibió de modo directo la manera como declararon los testigos ni pasó ante sus ojos la reedición de los hechos importantes o relevantes para el proceso. Todo ello sí

acontece ante el juez de primer grado que, por la vecindad con la reedición de los hechos, vive con los testigos la representación de las incidencias investigadas y, por lo mismo, está en mejor posición de conocer y, probablemente, más lejos del error. Esa circunstancia haría que, al contrario de lo que sucede normalmente, la presunción de acierto fuera para el fallo que emite el juez de primera instancia que, repítase, pudo apropiarse de las vacilaciones del testigo, de las tribulaciones de las partes en los interrogatorios y de toda vivencia y discurrir probatorios ajenos al juez de segundo grado, ante quien llegan solo las representaciones escritas. Como puede advertirse, lo dicho describe la relatividad del principio de inmediación.

174 Pero fuera de esa circunstancia, también es importante hacer una distinción sobre el tipo de sentencia que se origina en jueces unipersonales frente a la que emana de jueces colegiados.

SENTENCIA DE LOS JUECES COLEGIADOS

Es bastante complejo averiguar, por ejemplo, las motivaciones de índole psicológico que llevan al juez unipersonal a adoptar una decisión. Las decisiones judiciales se plantean en varios niveles, uno de ellos es el eminentemente psicológico, que responde un poco a la pregunta por qué decidió el juez así, y atañe a las motivaciones que él presenta externamente, pero que probablemente no reflejan los impulsos de índole psicológica que lo llevaron a elegir entre las diferentes alternativas que estaban a su disposición; alternativas que son radicalmente distintas en su desenlace pero penumbrosas en sus orígenes, en tanto el sentido de la decisión se pudo desencadenar por detalles minúsculos de magnitud que juega proporcionalmente a las consecuencias finales de la decisión. Como ya hemos visto, no pocas veces el esfuerzo argumentativo oculta y se esfuerza en soslayar los verdaderos motivos de la decisión.

Pero si es complejo el tema de la decisión unipersonal, porque entraña adentrarse en los meandros de la mente humana, bastante más conflictivo resulta examinar la forma como se adoptan las decisiones en colectivo, es decir, cómo opera el mecanismo de decisión en las colegiaturas judiciales. Probablemente se concibe la formación del

convencimiento de los jueces colegiados como una sumatoria de voluntades individuales, posiblemente como consenso, y, en no pocos casos, como transacción. La importancia que puede tener esta reflexión atañe a que las grandes decisiones se confían a los colectivos, en la búsqueda de la ampliación (¿democracia?) de la base decisoria del número de partícipes, tal vez en la creencia de un mayor grado de acierto por esa circunstancia, aunque poco se indaga sobre el caliginoso proceso de formación de las voluntades colectivas.

Las Cortes de Casación y los Tribunales Constitucionales o quien hace sus veces, son colegiados; en países con sistema acusatorio puro el papel del jurado es descollante e imprescindible y en todos los niveles se incrementa de manera importante la participación de jueces colectivos, todo lo cual ubica el tema de la decisión colectiva en un plano de interés. En la decisión colectiva juega bastante el consenso y la transacción, pero igualmente se hace difícil identificar los orígenes de la formación de la voluntad plural y el itinerario de formación de las mayorías. Se debe registrar que, aun en casos de unanimidad (némine discrepante), las razones internas que llevan a cada uno de los componentes de una colegiatura judicial a tomar una determinada decisión no son las mismas, en tanto sus integrantes individualmente aprecian los hechos e interpretan las normas de manera diferente. A pesar de la posible unanimidad del voto —sin disidencias, salvamentos de voto o aclaraciones—, las decisiones que se producen en tribunales apenas reflejan el consenso mínimo. En las motivaciones que se hacen explícitas en el cuerpo escrito del fallo, es imposible recoger todo el cúmulo de motivos que, de manera individual y separada, llevaron a cada uno de los componentes del cuerpo decisorio judicial a prestar su adhesión al sentido de la sentencia.

Usualmente, los motivos de cada uno de los componentes de una colegiatura son, por entero, diferentes: algunos están calculando los efectos o consecuencias del fallo; otros están tratando de ser coherentes con decisiones individuales anteriores; algunos no habrán advertido suficientemente la diferencia con precedentes propios; y probablemente otros, para limar diferencias o minimizar la discrepancia sobre puntos no trascendentales, hagan concesiones y suscriban la decisión mayoritaria sin emitir votos particulares. Esa

disposición a transigir sobre el sentido de la decisión es mayor sobre los argumentos; si el sentido de la decisión satisface a todos los integrantes de la corporación colegiatura judicial, probablemente, se mostrarán menos combativos para hacer que se consignent sus propias razones. Para poder descifrar cuál es el motivo que individualmente inspira a los jueces a decidir, habría que hacer un análisis de los diversos planos en que se adopta la sentencia o de los diversos niveles que componen una sentencia. Sólo a manera de ejemplo, en el plano psicológico resultaría revelador observar cómo influyen, de diferente manera en el ánimo de cada integrante del Tribunal, las pruebas declaradas nulas o las pruebas expulsadas del proceso por ser ilícitas⁵⁹. Igualmente, valdría preguntarse cómo opera el conocimiento privado del juez, pues parece ser que de manera inconsciente tributa al sentido de la decisión mucho más de lo que se reconoce y que en no pocas ocasiones puede ser la verdadera inspiración del fallo. Poner fuera el conocimiento personal adquirido no siempre se logra con una simple orden, pues el conocimiento no se prohíbe. La motivación puede consistir, entonces, en una presentación exterior que ofrece ese ropaje, puramente formal, que solapa o encubre los verdaderos motivos que llevaron a cada uno de los componentes a decidir el modo en que lo hicieron.

Como se advierte, los sistemas procesales deberían disponer de mecanismos para la exclusión del juez que haya practicado pruebas expulsadas del proceso por ilicitud o haya conocido partes que posteriormente se declaran nulas. Lo ideal es que un juez conozca, únicamente, aquellas partes del proceso que están legalmente habilitadas para llevarlo a la convicción sobre la culpabilidad o inocencia del procesado y que no se corra el riesgo de adquirir conocimiento a partir de pruebas anuladas o descalificadas por ilícitas; este sería conocimiento privado y, aunque no se admite expresamente, ejerce o puede ejercer una influencia decisiva. Para el juez resulta bastante complejo hacer abstracción de la contribución que tienen las prue-

⁵⁹ No está previsto que las pruebas nulas se supriman físicamente del expediente. Siguen allí. Y su sola presencia conspira por la posibilidad de que puedan incidir en la mente del juzgador, aunque este se cuide bien de no hacerlo explícito.

bas declaradas nulas, formalmente nulas; las cuales podrían formar o fortalecer la convicción sobre determinado asunto, pues siguen jugando un papel muy importante en la conciencia del juez, quien no puede desembarazarse fácilmente de ellas. Por ejemplo, una confesión posteriormente anulada, por ausencia del apoderado o por falta de alguna formalidad, es una pieza que ni siquiera debiera hacer parte física del expediente. Este apartado, que pareciera pertenecer al tema de las pruebas, tiene importancia en la construcción de las decisiones judiciales colectivas, porque forma parte de los motivos de índole psicológica que van formando o haciendo mella en la conciencia de cada juez, sin que se pueda determinar el grado de esa influencia. Siempre se corre el peligro de que una fundamentación inobjetable en apariencia, simplemente encubra las verdaderas motivaciones del juez que no aparecen consignadas en el documento que recoge, las más de las veces, la visión personal y exclusiva del ponente que está coadyuvada por elementos externos a la decisión misma, unos extraños y otros que viven objetivamente en el proceso y que no debieran ser parte del universo de elementos que contribuyen a la decisión.

177

Retomando el tema de las decisiones de los jueces plurales, el examen debería pasar por el plano individual para indagar por las preferencias, prejuicios, tendencias, formación académica, ubicación social y política de sus componentes y, aún así, poco se avanzaría porque la conducta individual no coincide, exactamente, con la que se muestra y observa en los colectivos. Por lo demás, si es posible admitir la existencia de un estilo argumentativo o judicial, este suele ser respetado a quienes sirven como ponentes en los órganos colegiados.

SOBRE LOS *OBITER DICTA* Y LA *RATIO DECIDENDI*

El profesor Diego Eduardo López Medina⁶⁰ ha hecho una excelente síntesis del manejo que en nuestra jurisprudencia se hace del

60 López Medina, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Serie Lex Nova. Ediciones Uniandes-Legis. págs. 105 y ss.

precedente como herramienta, y de cómo operó la Corte Constitucional en el caso Morales y los 108 congresistas investigados por la absolución del expresidente Samper, para deshacerse de precedentes embarazosos. Plantea el profesor López que no es usual que los jueces se arrepientan de sus decisiones anteriores y de modo explícito “recojan” la jurisprudencia. Este acto de honradez, de gran valor moral, no siempre es bien recibido. En esa dirección recuerda el autor que la Corte Constitucional edifica parte de sus argumentos sobre el concepto de cosa juzgada implícita, por medio de la cual expande el valor de la cosa juzgada a la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad, para cubrir con la obligatoriedad a los conceptos que aun cuando están en las consideraciones del fallo guardan “unidad de sentido”, o bien establecen el “principio general” o que están “íntima e inescindiblemente” anudados con el dispositivo (decisum) de la sentencia. Ello lleva directamente a hacer una taxonomía de las razones que soportan una sentencia, con el *distingo* entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*. No obstante, la separación entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* puede ser algo así como trazar una línea en el agua, para usar una conocida expresión de Guastini. El propósito de estas reflexiones es advertir que la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* no está aún acuñada o forjada en nuestro medio, aunque, como lo demuestra admirablemente el profesor Diego López, detrás de ella hay densas explicaciones teóricas. Lo que sigue busca poner al lector en vigilia sobre la dificultad de hallar los verdaderos *obiter dicta* y en todo caso pretende ser una exhortación al rigor.

Empecemos por decir que la presencia abundante de muchos *obiter dicta*, expresa cierta exuberancia argumentativa innecesaria que puede derivar en confusiones, argumentación superfetatoria o sobresaturación que hace perder rigor a la sentencia.

Además de lo anterior, como son varios los problemas jurídicos que un tribunal debe resolver, la solución para cada uno puede estar apoyada en su propia *ratio decidendi* y naturalmente aderezada de varios *obiter dicta*.

Dentro de un tribunal, sus miembros pueden jerarquizar de manera diferente los argumentos; así, lo que para unos es apenas un *obiter*

dicta, para otros puede ser la *ratio decidendi*. Lo paradójico del asunto reside en que, como sucedió en el caso del juzgamiento de los 110 representantes, SU 047/99, la Corte Constitucional de una época, integrada parcialmente por magistrados distintos, interpreta, *ex post*, cuáles fueron los que llama “verdaderos motivos” que llevaron a decidir. De conformidad con ello, surge una situación absolutamente descaminada, pues emitida una sentencia con alcance de cosa juzgada, leída y analizada en un primer momento por sus autores, incluso producido el proceso de recepción de ella en la comunidad académica, todavía se ignore cuál es la verdadera *ratio decidendi* que la inspira y por lo mismo se desconozca por algún tiempo cuál es el alcance de la cosa juzgada implícita. Según lo que pone de manifiesto esta insólita práctica de la jurisprudencia constitucional, no insular sino más bien recurrente, se necesita y es posible, a posteriori dictar una nueva sentencia que fije el alcance de la cosa juzgada de una sentencia pretérita. Tal aconteció cuando la sentencia SU-047 vino a fijar el alcance de cosa juzgada de las sentencias C 222 y C 245 de 1996, para decir que algunos de los argumentos expuestos en aquellas, no eran la *ratio decidendi* sino meros *obiter dicta*. La interpretación de sentencias de constitucionalidad, que se supone ya habían ganado la condición de ser cosa juzgada, por medio de sentencias posteriores que van modelando gradualmente una nueva cosa juzgada, son un acto de prestidigitación que desorienta a la comunidad en materia tan sensible, como saber si una norma está o no excluida del ordenamiento y cuál es la razón de su expulsión. Díjose primero por unos magistrados, que los congresistas podrían ser juzgados cuando eran jueces, y se lo dijo de modo expreso, pero luego estos magistrados de la Corte Constitucional, para evitar el juzgamiento de los congresistas le renegó del criterio y les extendió la inmunidad que les había negado.

179

Las precedentes reflexiones van encaminadas a servir como un manifiesto por el logro del consenso de los tribunales en torno a las razones fundamentales de la decisión, desbrozando el fallo de toda consideración que pueda ser irrelevante y que sólo sirve para que sobre las razones marginales se edifiquen, fuera de contexto, discursos puramente estratégicos.

En suma, cuando el Tribunal Constitucional expulsa una norma del ordenamiento jurídico, debe dar razón exacta de los motivos de esa expulsión y con ello el órgano pierde competencia para abonar razones posteriores o para interpretar una y otra vez su propia sentencia. No puede perderse de vista que, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Nacional, ninguna autoridad puede reproducir el contenido material de los actos declarados inexecutable mientras subsistan en la Constitución las normas que sirvieron para hacer la confrontación. De esta manera, el enfrentamiento entre la ley declarada inexecutable y el precepto constitucional debe quedar claramente definido en la sentencia, porque además contiene un mandato que prohíbe al legislador dictar leyes en el sentido de aquella que fue declarada inexecutable.

180

ACLARACIÓN DE VOTO

Cuando se trata de aclaración de voto, el Magistrado disidente sólo discrepa de las motivaciones del fallo: comparte el dispositivo pero no acoge las motivaciones total o parcialmente; en este caso, el Magistrado disidente no está en la obligación de construir una decisión alternativa sino una motivación divergente.

Si la disidencia de voto es absoluta, el voto particular debe ofrecer un fallo alternativo con argumentación sustitutiva y con un dispositivo diferente del mayoritario. A este respecto, es importante resaltar la lealtad con que debe obrar el disidente, que debe hacer todos los esfuerzos por convencer de la bondad de su posición, expresando colectivamente y sin reservas todos los motivos que lo llevan a la discrepancia, y debe renunciar a invocar motivos no advertidos en las deliberaciones colectivas o descubiertos con posterioridad a los debates.

Cuando se trata de simple voto particular con aclaración, corresponde al disidente ofrecer la que considera argumentación correcta y explicar cómo se llega a tener un dispositivo idéntico al de mayoría.

SALVAMENTO DE VOTO

En materia de votos particulares, salvamentos de voto o disidencias, podemos afirmar que el Magistrado disidente no debe con-

vertirse en una especie de francotirador que cobra, una a una, las deficiencias de motivación del fallo, sino que el voto disidente ha de ofrecer una alternativa concreta de decisión.

Puede suceder que el Magistrado disidente no comparta ninguna de las justificaciones, pero que sí adhiera al dispositivo de la sentencia, o que sólo comparta algunas de las consideraciones o justificaciones, pero en abierto desacuerdo con las otras. Puede ocurrir que la disidencia sea un verdadero reparo por la abundancia; es decir, que el Magistrado que se aparta de la justificación aprobada por la mayoría considere que no son necesarias todas las argumentaciones puestas que, aun cuando son acertadas, no resultan pertinentes para la decisión del caso sometido al escrutinio de la justicia. Sobre este punto vale recordar las peripecias de la Corte Constitucional para desembarazarse de las ataduras de sus propias decisiones, recurriendo al expediente de que las motivaciones consignadas en una sentencia no son la verdadera *ratio decidendi*, sino apenas un *obiter dicta*.

181

Pero también puede ocurrir que la discrepancia del Magistrado sea radical con algunas de las motivaciones que considera abiertamente impertinentes o francamente equivocadas.

En lo que hace referencia a la parte dispositiva del fallo, puede haber también una discrepancia total o una discrepancia parcial. Hay discrepancia parcial, por ejemplo, cuando el Magistrado disidente está de acuerdo con la culpabilidad del reo, pero no comparte la cuantificación del castigo o la modalidad del delito.

Como ya vimos, cuando el Magistrado disidente hace salvedad o salvamento de voto es porque no comparte el dispositivo de la sentencia y, cuando ello ocurre, el autor de la salvedad de voto expresa la disidencia con la totalidad del fallo, para lo cual asume la tarea de presentar un boceto de decisión alternativa. Esa decisión alternativa del Magistrado disidente, cuando hace la salvedad de voto, tiene la vocación de erigirse algún día en decisión mayoritaria; puede mantenerse largo tiempo en hibernación y aparecer después como una alternativa triunfadora, cuando cambie la composición del Tribunal o se modifique el entorno político, jurídico o la escala de valores de una sociedad.

Cuando hay salvedad del voto, la obligación del Magistrado disidente es mayor en tanto tiene que mostrar a sus pares una decisión alternativa, no solamente en cuanto a las consideraciones o justificaciones, sino también en lo que atañe al dispositivo de la sentencia. En el derecho colombiano y a propósito del nuevo Código de Procedimiento Penal, en el artículo 172 se establece que “el Magistrado debe consignar su salvamento de voto dentro de los diez (10) días siguientes a la firma, tanto de la parte motiva como de la resolutive de la providencia”. Esta norma modificó el artículo 11 del Decreto 1265 de 1970, que establecía un plazo de dos días después de la “fecha” de la providencia sin que ello obstara su notificación.

DECISIONES COLEGIADAS DE MÁXIMA DISIDENCIA

En el caso de la Corte Suprema de Justicia, una decisión de máxima disidencia sería, por ejemplo, la votación cuatro a tres, que expresa mayoría mínima y disidencia máxima. La primera observación que debe hacerse sobre este particular es que un solo voto resulta determinante, es decir, la opinión de uno de los miembros del Tribunal inclina definitivamente la balanza por el proyecto de minoría o por el proyecto de mayoría. Recordemos a G. Ford, presidente de los Estados Unidos después de la declinatoria de Richard Nixon, a quien se le asigna haber dicho que para juzgar a un presidente no se necesitan hechos, ni evidencias, ni providencias; solamente se requieren votos. Así ocurre con las decisiones que se adoptan en los colectivos judiciales.

Si la expresión de la mayoría está debidamente fundamentada y lo propio ocurre con la disidencia, como no es posible hallar aritméticamente la legitimidad, todo indica que ella estaría dada más por la fuerza persuasiva de los argumentos que por el número de votos concurrentes.

En los Tribunales Constitucionales, por la ambigua posición que cumplen —entre lo judicial y lo político—, usualmente se polarizan las posiciones, de tal manera que se tornan predecibles los alineamientos respecto de los grandes temas de connotación pública. Igualmente se les tiende a clasificar entre amigos y enemigos del

gobierno, según sea la intensidad y presencia en las decisiones de control constitucional por las cuales la Corte haya retirado normas del ordenamiento promovidas por o con el auspicio del ejecutivo o con él. En tal caso de polarización o radicalización, no pocas veces se recurre al expediente político de romper el equilibrio a favor del gobierno, alterando el número de magistrados que integran el tribunal, con la esperanza o seguridad de que quienes ingresen sean proclives a las tendencias del gobierno. Igualmente puede suceder que el gobierno propicie el cambio del régimen de mayorías necesarias para la aprobación de proyectos de sentencias.

e

EJERCICIO 1

Un grupo de los participantes acusará en casa-ción la sentencia que llegue a ser producida por un órgano incompetente o inexistente.

A continuación se propone al grupo examinar cómo se generan situaciones de bloqueo en la decisión interior de los tribunales.

Los participantes deben asumir el rol de cada uno de los magistrados, y consignar su disidencia de ser el caso. Igualmente se debe construir una decisión semejante para el delito de hurto a manera de ejemplo.

Una Sala Penal del Tribunal divide sus opiniones de la siguiente manera:

Situación 1

Magistrado A: (Ponente) El imputado es inocente.

Magistrado B: El imputado es responsable.

Magistrado C: El imputado es responsable.

Cambio de ponente.

Situación 2

Magistrado B: (Ponente) Responsable.

Magistrado C: Responsable.

Magistrado A: Inocente (salvamento de voto).



Situación 3

Magistrado B: (Ponente) Responsable de homicidio simple.

Magistrado C: Responsable, pero de homicidio agravado en concurso con lesiones.

Magistrado A : Inocente (salvamento de voto).

Parecería que no hay decisión porque los tres magistrados tienen una opinión diferente sobre el asunto cuando en verdad hay dos votos por la condena.

Si llamásemos al magistrado D, podría presentarse el siguiente cuadro:

Situación 4

Magistrado B: (Ponente) El imputado es responsable de homicidio simple.

Magistrado C: El imputado es responsable, de homicidio agravado en concurso con lesiones..

Magistrado A : El imputado es inocente (salvamento de voto).

Magistrado D: El imputado es inocente (salvamento de voto).

Se duda de si hay decisión y cuál es la mayoría necesaria en cada caso. El grupo debe resolver.

Pregunta para responder en grupo y fundamentar: ¿Se trataría de un caso de revocación o nulidad de lo decidido?

Pregunta para responder en grupo y fundamentar: ¿Un órgano que comporta la participación de cuatro magistrados sería incompetente porque no existe legalmente?

Pero, pensemos en otro ejemplo combinación:

Situación 5

Magistrado B: (Ponente) El imputado es responsable de homicidio simple.

Magistrado C: El imputado es responsable, homicidio agravado en concurso con lesiones.

Magistrado D: El imputado es responsable de homicidio agravado.

e

Magistrado A: El imputado es inocente de toda la acusación (salvamento de voto).

El grupo debe decidir cómo integrar el Tribunal en este caso.

Situación 6

Magistrado C: (Ponente) El imputado es responsable, de homicidio agravado en concurso con lesiones con las agravantes genéricas p, q, t.

Magistrado D: El imputado es responsable de homicidio simple con los agravantes genéricas r, s, m.

Magistrado B: El imputado es simplemente responsable.

Magistrado A: El imputado es inocente (salvamento de voto).

Si llamásemos al magistrado E para decidir la divergencia entre C y D sobre las agravantes, la opinión de este podría tener otros variantes que el grupo debe examinar:

Si por ese camino bastante anfractuoso se llegase a una coincidencia sobre las causales de agravación genérica, la disidencia puede remanecer por otros motivos, entre los cuales vale destacar:

- a) Agravantes específicas.
- b) Mínimos y máximos de la pena principal.
- c) Penas accesorias.
- d) Cuantía de la multa.
- e) Cuantía de la indemnización.
- f) Tercero civilmente responsable.
- g) Subrogados penales.

Por este camino se reproduciría, de manera absurda, el llamado a otros magistrados hasta agotar la lista, aun en los Tribunales con gran número de magistrados.

e

Solución para discutir: no desintegrar el Tribunal, en el sentido de que solo pueden intervenir tres componentes; un órgano de cuatro podría ser un órgano incompetente y todas las hipótesis antes construidas con cuatro intervinientes son erradas. Argumentar el decreto de nulidad.

EJERCICIO 2

Un Tribunal afronta el problema de resolver una demanda ordinaria con pretensiones emergentes o en subsidio, relativas a un contrato. El demandante las plantea separadamente y en el siguiente orden:

1. Incumplimiento del contrato ()
2. Nulidad relativa ()
3. Nulidad absoluta ()
4. Simulación ()
5. Lesión enorme ()

– ¿Se inhibiría usted si considera que están mal acumuladas? ¿Por qué?

– Intente usted una mejor ordenación de las pretensiones que deben ser resueltas.

Al adoptar la decisión final se presentan las siguientes contingencias:

EJERCICIO 3

Representar en el grupo las situaciones que se describen a continuación:

Situación 1

Magistrado A: (P) El contrato es nulo absolutamente.

Magistrado B: No hay nulidad absoluta.

Magistrado C: No hay nulidad absoluta.

Cambio de ponente y paso a la situación 2.

Situación 2

Magistrado B: (P) No hay nulidad absoluta.

Magistrado C: No hay nulidad absoluta.

e

Magistrado A: El contrato es nulo absolutamente (salvamento de voto).

En torno a la nulidad relativa, podríamos tener el siguiente escenario:

Magistrado B: (P) Hay nulidad relativa.

Magistrado C: No hay nulidad relativa.

Magistrado A: El contrato es nulo absolutamente (salvamento de voto inicial). En este caso no habría decisión sobre la validez del contrato en lo que atañe a la nulidad relativa. Está, sí, descartada la nulidad absoluta en tanto B y C estuvieron de acuerdo en desechar esta hipótesis.

Como no hay decisión, la tendencia sería llamar al magistrado D para que decida la encrucijada, lo cual daría lugar a la siguiente situación:

Situación 3

Magistrado B: (P) Hay nulidad relativa.

Magistrado C: No hay nulidad relativa.

Magistrado A: El contrato es nulo absolutamente (salvamento de voto que refleja la posición inicial).

Magistrado D: El contrato es nulo absolutamente.

Nadie puede limitar la independencia del magistrado D, que al ser llamado podría coincidir con A en la nulidad absoluta y reviviría la discusión sobre este tema, discusión que estaba aparentemente clausurada. En síntesis, la votación sería B: la nulidad relativa, C: no adolece de nulidad relativa, A: nulo absolutamente, D: contrato nulo absolutamente. Recuerdese que en la Situación 1 se había descartado la nulidad absoluta y que el cuarto magistrado cuando es llamado reedita un tema cerrado.

El grupo debe considerar si al coincidir dos magistrados, uno por la nulidad relativa y otro por la absoluta, hay mayoría y qué con-

e

188

secuencias tiene en la parte resolutive, en tanto las restituciones provenientes de la nulidad por objeto ilícito son diferentes de las de la nulidad relativa. El grupo debe construir el caso concreto con datos específicos. En el caso anterior presumamos que llamado el magistrado D, este adhiere a la hipótesis que descarta tanto la nulidad absoluta como la relativa. El escenario quedaría así:

Magistrado C: (P) No hay nulidad relativa.

Magistrado D: No hay nulidad relativa.

Magistrado A: Es nulo absolutamente (salvamento).

Magistrado B: El contrato es nulo relativamente (voto discrepante).

Ahora digamos que el contrato es válido (descartadas nulidad relativa y absoluta); veamos lo que pasa al examinar la siguiente pretensión de incumplimiento:

Magistrado C: (P) No hay nulidad pero incumplido.

Magistrado D: No hay nulidad y cumplido.

Magistrado A: Es nulo absolutamente (salvamento).

Magistrado B: El contrato es nulo relativamente (S. V.).

Surge la divergencia entre C y D, que estuvieron de acuerdo en desechar la nulidad relativa.

¿Será que en este caso A y B pueden ser llamados a opinar sobre el incumplimiento de un contrato que para ellos está viciado de nulidad (absoluta o relativa)? Si negamos que puedan ser llamados, habría que desempatar entre C y D, citando para ello al magistrado E; este magistrado E, haciendo uso de la independencia judicial que le acompaña y como no puede ser limitado, podría opinar que el contrato es nulo, de nulidad relativa o absoluta, y que no puede opinar sobre el incumplimiento de un contrato nulo, lo cual complicaría aún más el

e

panorama. No obstante, para poder seguir con el ejercicio, supongamos que el magistrado E adhiere al magistrado D, lo que lleva a decidir que el contrato no es nulo y que fue cumplido. Hallada la mayoría en ese punto, se han descartado la nulidad absoluta, la relativa y el incumplimiento; falta por ver qué opinan los magistrados D y E sobre la simulación y, si se separan en ese punto, llamarían a F; si F adhiere a E, harían mayoría para descartar la simulación, pero les quedaría por resolver el problema de la lesión enorme, y si los magistrados F y E discrepan sobre la existencia de la lesión enorme, convocarían al magistrado G para que dirimiera; este podría optar por la nulidad relativa o absoluta, por el incumplimiento, por la simulación o por cualquiera de las pretensiones ya desechadas y, de nuevo, nos quedaríamos sin decisión; pero supongamos que el magistrado G adhiere a la hipótesis de lesión enorme propuesta, en tal caso queda por resolver lo que acontecerá sobre frutos, mejoras, restituciones, indemnizaciones y cualquier otro asunto por resolver susceptible de crear debate, aun respecto de las costas del proceso. En cada caso de discrepancia entre los dos que lograron un consenso parcial, se llamaría siempre a un tercer magistrado para desequilibrar aquello en que no están de acuerdo; todo esto llevaría a agotar la lista, la paciencia y la cordura.

El grupo debe hallar la forma de evitar que el Tribunal se desintegre y pierda su calidad impar, pues eso es lo que ordena la Ley Estatutaria que no prevé números pares en los jueces colegiados.

Reflexión útil para el anterior ejercicio: El magistrado X, obrando como ponente al conocer del recurso de apelación contra la sentencia, decreta oficiosamente la nulidad del proceso y esa decisión es revocada por la Sala dual que conoció del recurso de súplica. Si el auto que dispuso que no hay nulidad es ley del proceso, ¿debe el magistrado

e

X proyectar la sentencia de segunda instancia?

EJERCICIO 4

En grupos de tres integrantes acordar cuál es la *ratio decidendi* del caso para cada uno de los jueces y en cada uno de los momentos en el siguiente ejemplo.

Contruir además, una regla lo suficientemente amplia para que comprenda todas las variantes que muestra el ejemplo. Luego otro grupo aprovechará la generalidad de la regla para crear un caso injusto.

"Prohibido el ingreso al Transmilenio con perros"

Este conocido problema ejemplo plantea una dificultad si un pasajero se presenta con un oso o una serpiente constrictor. El juez Dux⁶¹ autorizaría el paso porque la norma no prohíbe el ingreso de pasajeros con osos. El juez Daniel⁶² negaría el ingreso porque entiende que allí donde se lee "perros" debe entenderse "animales", haciendo para ello algún ejercicio de extensión del predicado "perro" a todos los animales. A nosotros como jueces seguramente nos produciría molestia o decididamente nos repugnaría permitir el paso de un oso al TransMilenio. Nos cabe la opción de revelarnos contra la norma o hacer su reconstrucción racional. En cualquier caso, tenemos que abonar las mejores razones o los mejores argumentos en favor de la regla que debemos crear para resolver el problema. La regla aplicada ya no está en su versión 'original' tal como ella fue creada por el legislador en tanto el enunciado básico se mostró insuficiente para regular claramente la decisión.

El juez Daniel argumentaría que la razón de la prohibición reside en evitar molestias a los demás pasajeros, así como proteger la salud y la integridad de ellos.

⁶¹ Personaje que hace de juez en el "Mercader de Venecia". W. Shakespeare .

⁶² Uno de los jueces en la Biblia.

e

Cuando se estableció la prohibición, lo usual era que los pasajeros llevaran perros como mascotas; pero las preferencias de la gente han variado hacia la extravagancia y ni siquiera vale la pena la modificación legislativa, pues el cambio puede ser recogido por la evolución de la interpretación que haga el juez mediante una puesta a tono de la norma con los tiempos que pasan. No obstante, la nueva regla igualmente es insuficiente. Descartemos los animales muertos porque la diferencia entre llevar un animal recién muerto, como trofeo de caza, como alimento, una especie protegida u otro animal disecado, pues en este caso la veda se podría fundar en que tales especies pueden ser materias transmisoras de enfermedades, prohibición que seguramente se ampara en normas sanitarias o protección al medio ambiente. No obstante puede plantearse un nuevo problema a los jueces si un pasajero intenta subir al TransMilenio con el oso y un niño procura abordar con un pez en un recipiente de vidrio.

Seguramente, el juez Dux dictaminará que ninguno de los dos puede subir al bus pues ambos por igual llevan “animales”, mientras que el juez Daniel dirá que el pez es un “animal no peligroso”. Surgirá entonces una nueva versión de la regla original que decía “Prohibido el ingreso al bus con perros”. La nueva regla, creada por el juez Daniel dirá entonces “prohibido abordar el tren con animales peligrosos”. Al día siguiente se presentan al tren el niño del pez y un sujeto con un tigre de bengala disecado. El juez Dux puede decidir que ninguno de los dos puede tomar el bus, pues ambos pasajeros llevan “animales” (ya nadie habla de perros), o que ambos pueden subir al bus porque ninguno de los dos lleva animal peligroso. Aquí Dux toma el precedente de Daniel que permitió al niño tomar el bus con el pez en un recipiente de cristal. No obstante, el juez Daniel puede

e

prohibir que suba el pasajero del tigre disecado porque, sin ser peligroso, resulta ofensivo en tanto asusta a la gente, tanto más, cuanto más hábil sea el taxidermista, mientras que el pez despierta cierta simpatía. No obstante aún podrá ser de recibo un cambio de actitud del juez Daniel que, invocando un alto grado de ética ambientalista, repruebe el acceso de ambos pasajeros, pues por igual la tenencia del tigre disecado y el pez ornamental atentan contra la necesidad de que no se haga uso de cosas que deben mantenerse en su hábitat.

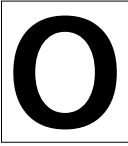
UNIDAD 6

Estructura de la sentencia

O

En la presente sección se busca mostrar una especie de plantilla de control cuyo uso ayudará a evitar el olvido de todas aquellas circunstancias relevantes en la sentencia, las cuales no siempre son necesarias. El material está presentado en forma de estructura, pero se trata apenas de una indicación que puede ser punto de partida para la creación de nuevos modelos, no solo para quienes empiezan sino también para revisar y cotejar los modelos de sentencia de quienes ya tienen un amplio recorrido como jueces.

El modelo es puramente tentativo y exploratorio, no tiene pretensión de exhaustividad. A partir de las indicaciones siguientes, tomadas como una simple referencia, se pueden hacer adaptaciones para los diversos procesos y especialidades. Así, la congruencia en materia penal se hará entre la sentencia y la resolución de acusación y las modificaciones posibles en la etapa de juzgamiento, tal como quedó nuestro sistema, luego de los fallos de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente, se deberá adaptar el modelo a las sentencias laborales en las que el juez tiene menos restricciones en materia de fallos *ultra* y *extrapetita*. De la misma manera en agrario, cuando se ampara por pobre al campesino y en acciones populares



y de grupo la congruencia no es igual, pues el juez tiene un mayor rango de actividad en procura de defender intereses superiores o a sujetos en estado de debilidad manifiesta.

JUZGADO O TRIBUNAL

FECHA: DD MM AA

194

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

- Número del proceso
- Procedencia del proceso
- Objeto del pronunciamiento

II. LAS PARTES - Fecha de la decisión

- Aprobada en sesión de ... si es el caso
- Tema principal tratado
- Temas asociados
- Problema jurídico principal
- Problema jurídico asociado (1)
- Problema jurídico asociado (2)
- Problema jurídico asociado (N...)

II. LAS PARTES

CIVIL	PENAL	LABORAL	CONTENCIOSO
Demandante	Procesado	Demandante	Demandante
Demandado	Parte civil	Demandado	Demandado
<i>Excludendum</i>	Ministerio Público		Llamamiento Garantía

CIVIL	PENAL	LABORAL	CONTENCIOSO
Llamamiento Garantía	Fiscalía		Denuncia Pleito
Denuncia Pleito	Denuncia Pleito		Ministerio Público
Sustitución Procesal	Llamamiento Garantía		Ultra Partes
Sucesión Procesal	3° Civil Responsable		<i>Erga omnes</i>
Llamamiento <i>ex officio</i>	Instigador		
Cesionarios	Cómplice		
Adhesivos	Determinador		
Litisconsortes	Auxiliador		
Ultra Partes	Ultra partes		
<i>Erga omnes</i>	<i>Erga omnes</i>		

195

La mención exhaustiva de las partes está en función de los efectos de cosa juzgada del fallo, a fin de saber a quiénes concierne lo decidido.

La plena identificación de las partes no debe dejar duda sobre a quiénes vincula la decisión.

Recordar el tema de la representación legal para quienes así la requieren.

Probablemente, algunas de las partes pueden haber desaparecido del proceso por desistimiento, muerte del procesado, amnistía, sustitución procesal o eventos semejantes como la fusión, absorción o escisión de sociedades.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

A manera de ejemplo, se reproducen algunas de las muchas expresiones existentes para presentar, en el umbral de la decisión, lo que se propone el juez:

- Acomete el Juzgado o Tribunal la tarea de...
- Aborda el Juzgado o Tribunal el cometido de...
- Asume el Juzgado o Tribunal la función de...
- Aplicase el Juzgado a la tarea de...
- Agotadas las etapas previas procede el...
- Ahora procede el despacho a...
- Corresponde ahora al Juzgado o Tribunal...
- Como epílogo de la instancia se procede a...
- Clausura el Juzgado o Tribunal la instancia mediante...
- Define el Juzgado o Tribunal esta instancia...
- En este estado del proceso procede el...
- Para cerrar la instancia procede el...
- Procede el Juzgado o Tribunal a...
- Revisar la sentencia de primera instancia dictada...

IV. ANTECEDENTES

Es un consejo útil para redactar los antecedentes distinguir entre la narración sucinta de los hechos investigados y juzgados y la exposición de la historia del proceso. Una cosa es la crónica de lo que se hizo en el proceso y otra, la descripción de los hechos que le dieron origen.

Resuma, comprima y suprima

Si se pretende narrar todo lo sucedido durante el proceso, se sugiere “sacarle una fotocopia al expediente”, cosa que se dice con sorna para reprochar esa manía judicial de reproducir innecesariamente lo mismo que los autos revelan; en tal caso, el relator de la sentencia no estaría interesado en hacer la introducción de la decisión sino en la reconstrucción del expediente, y quiere dejar todo consignado en el texto de la sentencia.

Sea breve, use un lenguaje descriptivo y sin calificaciones, no pierda tiempo, se trata de una orientación panorámica del proceso y de los temas más generales que se tratarán en la decisión; en la apertu-

ra de cada párrafo utilice la tercera persona para describir los planteamientos ajenos:

- | | |
|--------------------------|-----------------------------|
| - Narra el demandante | - Replica el demandado |
| - Describe el demandante | - Controvierte el demandado |
| - Informa el demandante | - Responde el demandado |
| - Reseña el demandante | - Contestó el demandado |
| - Cuenta el demandante | |
| - Agrega el demandante | |
| - Dice el demandante | |
| - Afirma el demandante | |
| - Sostiene el demandante | |

Si se describe adecuadamente en un enunciado inaugural a cuál de los sujetos se atribuye lo dicho, puede ganarse en claridad. Por ejemplo, todo lo que afirmó el demandado en los alegatos finales, puede recogerse con una buena introducción sin necesidad de estar repitiendo quién es el sujeto que habla.

197

Primera instancia

Si se trata de una sentencia de segunda instancia, como parte del resumen de antecedentes, se describirá sucintamente el fallo de primer grado, sus fundamentos jurídicos centrales y los motivos de la apelación.

Como ahora se ha generalizado el deber de sustentar el recurso de apelación, probablemente se suscitará el problema de saber si lo desfavorable al recurrente está limitado por la sustentación, de modo que lo no puesto en la sustentación puede resultar intangible para la segunda instancia.

V. PRETENSIONES

No hay dificultad alguna en definir las pretensiones en materia penal, pues la resolución de acusación verdaderamente apareja la pretensión punitiva del Estado, a menos de aquellas situaciones singulares en que se puedan tomar causales de agravación, que estando debidamente demostrados en la etapa de investigación no fueron objeto de la acusación.

Como continuación de la narración de los antecedentes del proceso, se debe hacer una descripción sinóptica de las pretensiones de la demanda.

Se ha reservado un capítulo especial para las pretensiones, pues ello resulta clave para delimitar la competencia concreta del juez: una es la competencia derivada de las autorizaciones legales y otra es la competencia derivada de la demanda. El demandante con su demanda, salvo las excepciones legales, traza los linderos de la competencia del juez y esta restricción se traduce en la prohibición de fallar *ultra y extra petita*. En otras palabras, este acápite sirve al propósito de controlar la congruencia del fallo, no solo respecto de los hechos sino también en relación con las pretensiones de la demanda.

198

Controlar

Además de controlar en este momento lo relacionado con los fallos *ultra y extra petita*, *citra petita*, también es el momento de discutir sobre la interpretación de la demanda. En materia penal se deberán controlar los límites de la acusación.

VI. ALEGATOS DE LAS PARTES

No puede eludirse, bajo ningún pretexto, el deber de respuesta a las consideraciones que hagan las partes. Sobre la necesidad de contestar los alegatos de las partes baste con citar la posición de la Corte Suprema, Sala de Casación Penal: “Si el sujeto procesal tiene la carga de sustentar, se logra el equilibrio con la imposición al Estado de escucharlo, analizar lo que dice y ofrecerle una respuesta motivada. La técnica de la casación, por otro lado, no se explica sino en concordancia con estas exigencias. Una sentencia inmotivada dificulta, hasta hacer imposible, la crítica clara y la impugnación precisa de sus premisas y conclusiones”⁶³. Tal postura jurisprudencial reproduce el mandato de la L. E. A. J. que ordena siempre responder los alegatos de las partes.

63 Sentencia de casación de 25 de marzo de 1999, Rdo. 11.279, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

VII. CONSIDERACIONES

HECHOS PROBADOS

Una manera adecuada de acometer la narración de los hechos es sujetarse a una rigurosa cronología, pues permite un recuento ordenado. Todos sabemos que una cronología es de gran utilidad porque es una forma natural de narrar con orden, de hacer historia. El juez no es cualquier cronista, sino que por su función está obligado a la más absoluta fidelidad. En no pocas ocasiones la secuencia cronológica resulta definitiva para la decisión final; no es aconsejable, entonces, ordenar los hechos de manera caprichosa porque esto puede generar consecuencias desastrosas: si por ejemplo, en una investigación por homicidio el juez refleja en la narración dudas sobre el momento de compra del arma o sobre la secuencia de disposición de actos preparatorios, ello lo podría llevar a calificar tales hechos como indicios, sin serlo, o a equivocar el grado de consumación del delito.

199

SECUENCIA DE LOS HECHOS DE LA DESCRIPCIÓN A LA DECISIÓN

Utilice cualquier sistema de ordenación (I, II, III, IV, V - i, ii, iii -1. 2. 3. -a, b, c. - A, B, C o sus combinaciones) para ir delimitando y excluyendo los hechos irrelevantes. Utilice ahora el criterio de hechos probados para empezar a adquirir compromisos definitivos que pasen de la descripción a la decisión. En este capítulo usted sólo deberá incluir hechos demostrados, pues ya no se trata de las hipótesis o conjeturas formuladas por el demandante o por el fiscal, sino de hechos que usted, como juez, afirma que están probados. Este es un momento crucial de la decisión, en tanto la suma de hechos probados puede cambiar el dibujo de la acusación y generar consecuencias demoledoras sobre el proceso y sobre la sentencia. Por ejemplo, la ausencia de prueba sobre el hecho denominado uso del documento falso puede transformar la acusación; en derecho civil, la ausencia de prueba del hecho de la posesión genera efectos demoledores en un proceso de reivindicación; y en materia de contencioso-administrati-

vo, la ausencia de prueba del acto demandado, del contrato o del incumplimiento cambiaría severamente la suerte del proceso.

Definir es limitar, excluir, dejar fuera, negar que es. Seleccionar hechos es una forma de definir o de decidir por qué se excluyen otros, y al excluir hechos relevantes que están debidamente probados se decide y muy seguramente se decide mal.

CLASIFIQUE O ... CLASIFIQUE

Es asunto de lealtad; muestre los hechos uno por uno, esta vez sin referencia a la prueba, porque todos los hechos que incluya en este aparte de la sentencia, se supone, están demostrados porque usted así lo justificó en el apartado anterior. Al incluir una serie de hechos en esta sección del fallo, usted ha excluido otros; los hechos excluidos quedan como meras hipótesis no probadas y carentes de interés para el proceso. La explicación de los criterios de eliminación de hechos es una forma de argumentación necesaria, en tanto esa exclusión afecta la decisión.

Puede ser que haya historias que se desarrollaron de manera paralela o simultánea y de cuya combinatoria surgen secuelas importantes para la decisión; si ello es así, hemos de exponerlo recurriendo a los personajes que intervienen y caracterizan cada una de las historias paralelas, a fin de que las dos cronologías no se traslapen de manera que confundan al lector. Objetivamente, las historias pueden estar yuxtapuestas, pero debemos buscar el protagonista o el signo distintivo de cada una, para permitir al lector saber que son dos escenarios diferentes aunque relacionados. Hay formas de narración sincrónica y diacrónica, usted elija una de ellas según la conveniencia del caso.

EJEMPLOS

Hecho primero: En el mes de marzo de 1998, Roberto tomó en alquiler una casa de habitación para trasladara su familia; no puso reparos por el precio y solicitó entrega inmediata del inmueble.

En este caso no es aconsejable presentar los hechos separados, pues tienen un eje central. (Cuídese de hacer listas tan largas de hechos, si puede condensar o comprimir).

Hecho segundo: Simultáneamente, Josefa fue recibida como empleada de la familia de Carlos Garzón.

Hecho tercero: Por la misma época, Evelinda inició un romance con Luis, que era entonces chofer de la familia Garzón.

Hecho cuarto: En el mes de febrero, Gina había denunciado la pérdida de su vehículo azul de placas BGQ 573, posteriormente hallado en poder de Luis

Hecho quinto: Durante todo el año de 1998, Roberto vivió con su familia y Evelinda en la Calle 30 sur No. 46-55 de Bogotá.

Hecho sexto: Durante 1998 Roberto mantuvo la suscripción a la revista La Libertad y las remisiones del semanario se hicieron a la calle 30 sur No. 46-55 de Bogotá.

Si a Carlos Garzón lo secuestraron en 1997, el anterior cuadro de hechos resulta inútil, a menos que cambiemos alguno de sus supuestos o agreguemos otros. Pero si a Garzón lo secuestraron a mediados de 1998, en un carro de color azul, sin necesidad de lanzar juicios ni adjetivos innecesarios, el cuadro de hechos indicaría la posibilidad de un concierto criminal entre Roberto, Gina y Evelinda.

Esta descripción debe ser hecha en un lenguaje neutral, sin calificaciones ni adjetivos, que no solo son innecesarios sino que hacen difícil la narración. No obstante lo anterior, parece que no hay ninguna narración que sea enteramente neutral. La forma en que se cuentan los hechos busca construir significado y dotar de sentido lo que se dice. La forma de contar tiene un efecto retórico, no es neutral.

Utilice la síntesis al final de cada segmento de la decisión.

ESFUERZO DE SÍNTESIS

De manera permanente, usted debe hacer resúmenes, síntesis de lo que se viene describiendo o analizando. Con ellos usted anuncia un abstracto o el precipitado más visible.

Las siguientes expresiones señalan que usted va a resumir un planteamiento o problema que es demasiado general:

- En suma, ...
- Decantado que...
- En síntesis, ...

- Compendiando tenemos que...
- En resumen, ...
- Todo se condensa en definir si...
- La sinopsis del caso señala que...
- Abreviando tenemos que...
- En pocas palabras...
- Expresado en términos breves...
- Una reseña panorámica indica que...
- Dicho con otras palabras...
- En otros términos...
- Ello equivale a decir que...
- A esta altura de la discusión...
- Parcialmente se concluye que...
- Una conclusión provisoria señala que...
- La sinopsis de lo dicho...

VIII. PROBLEMAS PROBATORIOS

Otra gran categoría de problemas que debe abordar la sentencia son los problemas de prueba; identifique claramente cuáles son y resuélvalos. Para ello es importante saber si el problema que usted confronta es

- De ilicitud de la prueba
- De ausencia de prueba
- De presunciones legales
- De carga de la prueba
- De presunción de inocencia
- De *in dubio pro reo*
- De *in dubio pro laboris*
- De ausencia de prueba
- De formalidad de la prueba
- De legalidad de la prueba
- De mixtura indebida de medios de prueba
- De suposición de prueba
- De pertinencia de la prueba

De conducencia de prueba
De solemnidad de la prueba

MATRIZ DE CONTROL

Qué es una matriz

Las matrices son usadas en matemáticas y estadística de las ciencias sociales, entre otras muchas áreas, para formalizar y presentar esquemáticamente la relación entre dos variables o el comportamiento asociado de dos eventos. No son necesarios ahora conocimientos matemáticos, pues es sumamente elemental la propuesta de análisis. A continuación hallará una matriz de control que puede ser modificada según sus necesidades, aplicable a casi todas las especialidades de la jurisdicción. En las columnas encontrará los hechos y en las filas los medios probatorios que sirven para demostrar cada uno de ellos; por supuesto, un mismo hecho puede ser demostrado con varios medios probatorios. La matriz nos permitirá ver las debilidades probatorias y también las fortalezas de la decisión.

203

Hecho/prueba	Hecho 1	Hecho 2	Hecho 3	Hecho 4
Confesión				
Testimonio	Testigo A, folio			Testigo N, folio
Documento	Fotografía, folio			
Inspección				
Informe				
Peritación				
Indicio	Probado por otros medios	Probado por otros medios	Probado por otros medios	Probado por otros medios
Otro				

Como surge del esquema, el hecho dos no está probado; y si usted halla que ese hecho es absolutamente relevante para lo que debe decidir, su problema será de carga de la prueba o *in dubio pro reo*. El hecho tres sólo está probado por indicios, y este descansa en los demás medios de prueba, lo que puede ser una debilidad del fallo.

En cada una de las decisiones fraccionales surgen problemas de prueba que se comportan de modo autónomo y a cada uno se le da un tratamiento similar.

Sea que utilice o no el modelo de matriz, siempre la sentencia deberá dar cuenta ponderada de los hechos relevantes para el caso y localizar en el expediente el lugar en que reposa la prueba de tal hecho. Generalizaciones tales como que “las pruebas analizadas separadamente y en su conjunto conducen a demostrar...” nada dicen, y son insuficientes como argumentación respecto de la premisa empírica de una sentencia.

IX. EL PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL

204 Identifique el problema jurídico principal, aunque alguno de los que denominaríamos subordinado o subalterno puede adquirir preeminencia. Así, usted debe definir si el problema que afronta es de jerarquía normativa, antinomia normativa, vigencia de la norma, de jerarquía de los problemas, de selección normativa, de derogación normativa, de integración normativa, de laguna normativa, de jerarquía de fuentes, de métodos de interpretación, de jerarquía de los métodos de interpretación y así sucesivamente.

TEMAS Y PROBLEMAS NO SON LO MISMO

Ahora, podríamos convenir la distinción entre el tema o temas de que trata la sentencia y el problema o problemas jurídicos asociados. Ubicar un caso en el capítulo de homicidio, contrato de trabajo, divorcio o simulación seguramente no comporta mayor complejidad y fácilmente acordaríamos el tema; pero con ello no se ha resuelto el problema; más aún: ni siquiera se ha planteado. Normalmente, la selección del tema jurídico por tratar es la ubicación bajo una institución particular del derecho, en cualquiera de las dogmáticas, y no presenta mayores complejidades, pues siempre habrá bastante material documental. Si mataron a alguien o está demostrado que hay un matrimonio en quiebra, usted no tendrá duda del tema jurídico de su sentencia.

Probablemente, si usted trabaja en un fallo penal tendrá algunas dificultades iniciales con la precisión de la calificación dada en la resolución de acusación hecha por el fiscal. Por ejemplo, si dependiendo de los matices del sistema acusatorio se debate si el juez penal debe intervenir en la reformulación de la acusación cuando ella viene mal montada o si tal proceder contamina su neutralidad. Con esta breve mención se ha ubicado el tema y se ha esbozado un pro-

blema específico que a manera de respuesta debe desarrollar el autor de la sentencia.

Un primer problema jurídico, medular en ese momento, puede ser la selección del escenario o institución, entendiendo por tal la agrupación conceptual hecha por el legislador, la jurisprudencia o la doctrina. Por ejemplo, el homicidio en un plano abstracto de la ley (no el hecho naturalístico en sí mismo considerado) es un hecho institucional constituido por acciones y reglas de reproche o descalificación que no existen materialmente sino que son una suma de convenciones; desde esta perspectiva, el homicidio es una especie de hecho institucional, no tomado como paradigma sino como conjunto de supuestos y reglas orgánicamente estructurados. Así, son convenciones sobre la valoración de los hechos objetivos las que distinguen el homicidio preterintencional del homicidio culposo, la compraventa del arrendamiento, el matrimonio de la sociedad de hecho o el contrato de trabajo de la prestación de servicios profesionales.

205

En un primer momento, el problema jurídico crucial puede ser la ubicación en un contexto institucional, esto es, la superación de dicotomías tales como: civil o comercial, laboral o civil, trabajador oficial o empleado público, culpa consciente o dolo eventual, responsabilidad contractual o extracontractual. Un error de selección del contexto de la institución o del hecho institucional puede transmitir sus efectos a toda la decisión. Obsérvese que no es un simple caso de selección de una norma sino de un conjunto de normas (bien sea positivas o creadas a partir de los principios) que conforman la institución, las que permiten delimitar nociones tales como confianza legítima en la administración, familia, sociedad conyugal, patrimonio autónomo o falsedad ideológica.

Una vez superada esta etapa, el problema jurídico que hasta ese momento era medular desaparece porque se resuelve, sin perjuicio de que posteriormente pueda remanecer y dar lugar a un cambio radical de todo el fallo o que su reaparición haga necesaria la reconstrucción de toda la sentencia.

Desaparecido ese problema (pudo ser falsamente resuelto) emergen otros problemas que asumen una jerarquía central. Así, ubicados en el ámbito conceptual del juzgamiento de un delito específi-

co y descartadas otras opciones, el nuevo problema puede ser la elección entre las varias modalidades delictuales del mismo tipo; por ejemplo, entre homicidio intencional o culposo. Cuando este problema es resuelto desaparece y surge otro dilema sobre la modalidad del homicidio agravado o simple; y superada esta dicotomía aparecería, en cascada, un nuevo problema jurídico, que desplaza a los que ya fueron resueltos; el nuevo problema, podría ser por ejemplo las agravaciones para el delito. Así, cada uno de los eslabones de la cadena o peldaños de la escala, si se quiere, tiene sus propias connotaciones. Entre ellos hay un enorme grado de interdependencia, tanta, que el error en cualquiera de estas etapas de la sentencia transmite sus efectos corrosivos al acierto o desacierto de la decisión final.

206

Decidir es como una carrera de obstáculos: una vez que se supera el inicial surge otro y otro hasta el final; si usted salva indebidamente el primer obstáculo, será descalificado, así llegue primero a la meta.

Una manera de reducir la complejidad es confrontar un solo problema a la vez e intentar un orden para hacerlo. Por ejemplo, una vez se ha enmarcado la conducta en el tipo del homicidio, se argumentará debidamente para ver si es la modalidad agravado, luego este problema desaparece y surgirán las agravantes específicas, la pena imponible, los mínimos y máximos, los cuartos, las rebajas, los subrogados penales. Lo que se quiere mostrar es que cada uno de estos problemas accesorios asume, transitoriamente, la categoría de problema principal, y que, cuando los problemas son falsamente resueltos, desaparecen transitoriamente pero obstinadamente resurgen a lo largo de la sentencia o en el examen de la misma en la segunda instancia o en casación. Recuerde siempre el juez que no está solo, lo propio debe hacer el Tribunal: entre y salga del espacio del proceso, mire su trabajo como observador externo, sólo así podrá descubrir las fisuras y resquicios del edificio.

Suponga un laberinto que le muestra siempre dos caminos y cada vez que usted debe tomar uno de ellos decide; son como estaciones en las que, de manera instrumental, se va decidiendo en función de proseguir por alguna de las vías; por supuesto, un error de elec-

ción en alguno de esos cruces lo extraviará definitivamente. Mientras no haya firmado la sentencia puede regresar a buscar el camino perdido. A este propósito, algún autor, Duncan Kennedy, afirma que el juez sabe de antemano la sentencia a la que quiere llegar. De acuerdo con nuestra metáfora, el juez de Duncan Kennedy hace camino al andar, proceder que resultaría altamente inseguro.

Por ejemplo, la limitación de la actividad profesional, como pena accesoria, puede erigirse en un problema de orden constitucional por sí solo, porque usted, como juez, debe resolver el dilema que se plantea al aplicar la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesiones. Los dilemas no son tan simples como culpable o inocente, sino que todo pasa por disyuntivas que se suceden una a otra: homicidio / simple/ultraintencional/culposo/dolo eventual/culpa consciente /homicidio culposo/ agravado/ simple /homicidio culposo agravado/ punibilidad/mayor/menor / circunstancias genéricas/específicas / penas principales /accesorias subrogados. En cada una de esas estaciones hay un problema de prueba y un dilema que resolver; y, en paralelo, el problema lógico de asociar los varios medios probatorios que contribuyen a formar la convicción del juez.

207

TITULE, ROTULE

Si usted en su casa guarda ordenadamente las cosas, pone rótulos, ordena las herramientas y los tornillos según su tamaño; tiene un cajón para las camisas, otro para los pañuelos y sabe dónde están las corbatas; si organiza las fotos por actos o por fechas y sabe dónde se guardan los recibos de impuestos y de servicios e igualmente tiene un puesto para las llaves, procede así porque sabe que en algún momento va a necesitar esos elementos. Conocemos la adrenalina que se gasta cuando se pierde algo que debería estar en su lugar; pero el asunto toma dimensiones dramáticas cuando estamos de prisa (y los jueces siempre estamos de prisa): cunde la histeria si desaparece algo en el momento en que se necesita.

Tomemos la sentencia como un lugar que debe estar ordenado y no pongamos allí cosas que después no podamos hallar rápidamente; recordemos que las vamos a utilizar de nuevo alguna vez, bien para ser coherente con nuestros propios precedentes o bien porque no es racional decidir cada vez *ex nihilo*, desde la nada, como si fue-

ra el primer día de la creación, cuando ya habíamos tratado el tema en otra ocasión. Así sea por pura pereza, ahórrese el esfuerzo de volver a crear o repetir lo mismo que usted ya dijo (con la probabilidad de que se contradiga); pero, adicionalmente, no se niegue la posibilidad de mejorar, no solo la redacción sino también los contenidos y argumentos débiles. Adicionalmente, como usted ya no es el mismo que escribió esa sentencia, con seguridad incorporará una versión creciente de su constante formación y de su nueva capacidad jurídica. Si usted no titula cada uno de los problemas y los temas, su acumulado de saber jurídico, sus sentencias son un basurero; sí confía excesivamente en su memoria, y cree que siempre puede evocar todos los temas que se tratan en una sentencia, puede llevarse una sorpresa porque no ha comprado un seguro contra ciertas enfermedades que deterioran la memoria, una de ellas se llama vejez; claro que si usted es eterno, ese no es problema. Pero si acaso es un simple mortal y, además, tiene pereza de volver a hacer ese trabajo que sabe que ya hizo pero que no sabe dónde se halla, o si está muy ocupado para perder el tiempo, o si cree que hay otras cosas mejores que hacer, ponga rótulos a los temas y problemas tratados en su sentencia; así llegará a ellos más rápidamente y construirá un capital conceptual para el futuro. Utilice palabras claves y simples en el mismo sentido para que el computador sea un activo. Haga su propio tecnolecto y su nomenclador

r

Pero si acaso lo anterior no le importa, piense en los demás, recuerde que esa sentencia tiene consumidores y que se halla en un espacio de comunicación, que la sentencia no se escribe solo para usted sino que tiene lectores, observadores externos a quienes intenta comunicar el itinerario seguido para decidir.

Debemos convenir entonces en que la titulación de los temas es un acto de consideración para con el lector, para no abrumarlo de información. Recuerde que una novela se divide por capítulos y, en general, los textos asumen un mínimo orden interno en consideración a los lectores.

Hablando de lectores, ver cómo están hechos los periódicos nos ilustra sobre paradigmas de comunicación: Cuando tomamos un diario, también un semanario, sabemos exactamente en qué parte se hallan los deportes, los avisos clasificados, el editorial, las notas de frivolidad; y también sabemos que en la construcción de los periódicos interviene un personaje clave que titula las noticias, y titular noticias no es fácil. Por supuesto, el título debe estar asociado al tema o al problema de la sentencia, como ocurre con las noticias, pero hay que ser ingeniosos, hacerlo de manera que permita evocar, ser sugestivos, que invite a leer y a recordar gratamente; usted, más pronto de lo que cree, volverá sobre su sentencia y calificará positivamente la utilidad de encontrar fácilmente ese tema extraviado.

209

X. PROBLEMAS JURÍDICOS ASOCIADOS

Preguntemos siempre si hay problemas de creación de la norma, de contradicción de principios, de elección de consecuencias, de abdicar de precedentes y otros temas asociados. Los problemas no se pueden inventariar de antemano, sino que son creados por la realidad, y esta no puede ser controlada ni puesta en fórmulas porque corre como el agua, y como ella toma la forma de la mano que busca retenerla, pero se escapa y evapora; así pasa cuando con formas lingüísticas queremos definir y fijar un mundo cambiante, complejo y diverso. Por ello el Juez está en mejor posibilidad de seguir el paso de la realidad, ajustar la norma, mostrando claramente cómo se logra la sintonía de la norma con el tiempo en que le toca vivir.

XI. LA PREGUNTA

Usted, probablemente, ha escuchado que la genialidad consiste en hacer la pregunta adecuada en el momento preciso. Una manera de delimitar el problema jurídico es hacer preguntas cuya respuesta tenga la pretensión de ser la regla jurídica aplicable al caso. Hecha la pregunta equivocada, la respuesta igualmente será errada o, por lo menos, impropia para resolver el problema. La pregunta es una respuesta que busca validación. Si la pregunta comienza de alguna de las siguientes maneras: es válido que..., es justo que..., es adecuado que...,

está justificado que..., es lícito que..., es admisible que..., es razonable que..., es tolerable que..., es una pregunta retórica, lleva implícito un juicio y un compromiso: un juicio porque la dicotomía o disyuntiva que plantea siempre conducirá a validar o reprobar una conducta, dependiendo de si se contesta positiva o negativamente, y tal validación o reproche supone el compromiso de justificación; sin perder de vista que la reducción a una dicotomía implica ya un decidir, esto es, elegir que esas son las alternativas y no otras. La justificación de la respuesta es una regla con pretensiones de universalidad y con la aspiración de que coincida con una regla expedida por el legislador o fundada en un principio.

XII. LA CONCLUSIÓN

En este segmento de la decisión se reproduce la llamada subsunción de los hechos en la norma. Todo indica que la norma que se aplica no es la misma materia prima que produce el legislador, porque el legislador promulga una norma impersonal, abstracta y general que no recoge los matices, zonas grises y claroscuros que ofrece la realidad. A partir de la materia prima, producida por alguna fuente autorizada, el juez debe crear la norma concreta para resolver el caso, es este un enunciado normativo particular, es un nuevo enunciado del deber ser que sirve a futuro como precedente.

EJEMPLO

El silencio deliberado y continuo, el aislamiento, la exclusión consciente y notoria de toda forma de comunicación entre la pareja y, en concreto, la ignorancia deliberada o eliminación simbólica de la pareja es una forma refinada y perversa de maltrato y, por lo mismo, causa de divorcio. Igualmente, es incumplimiento de los deberes conyugales porque, en semejante situación, se haría intolerable la práctica de relaciones sexuales.

Esta norma creada por un juez para resolver un caso concreto no existe en ningún texto normativo, pero sería la que se ajusta de modo preciso al episodio judicial que, transitoriamente, pasa por su estrado y la que usted finalmente aplica. La premisa mayor no será directa-

mente la norma creada por el legislador que, probablemente, establecerá genéricamente que el maltrato justifica el divorcio. La premisa mayor arriba descrita será la subregla creada por usted, tal vez una versión modificada de la norma legal, pero que tiene la ventaja de recoger tonalidades, claroscuros, zonas grises, de penumbra, ambigüedades, matices de la realidad que escapan a las previsiones del legislador. Desde luego, sería imposible que el legislador estableciera bajo qué condiciones el silencio sistemático es una forma de maltrato, pero el juez sí podría llegar a esa conclusión.

Una adecuada argumentación serviría al propósito de demostrar que esta premisa es aceptable por un auditorio universal o, lo que es lo mismo, que la regla ínsita en la premisa es universalizable, esto es, aplicable a todos los casos en que se presentara la misma situación fáctica.

211

XIII. DECISIÓN

Al momento de escribir la fórmula decisoria final se deben tomar en cuenta, entre otras, las siguientes previsiones:

- Resolver cada una de las pretensiones y excepciones.
- Resolver todo lo que corresponde hacer de oficio.
- Resolver la situación de todos los sujetos procesales.
- Resolver sobre costas.
- Resolver sobre toda la acusación: penas principales y accesorias, subrogados penales y dispositivos amplificadores del tipo.
- Resolver sobre la ejecución de la sentencia.
- Conviene siempre repasar el capítulo de los sujetos para controlar que no se omita decidir respecto de todos ellos.
- Usted puede crear una plantilla que, por contraste, le indique todo lo que corresponde resolver; una especie de chequeo práctico.

EJERCICIO DE MATRICES

Uso de las matrices que correlacionan los hechos y las pruebas

HECHO/ PRUEBA	CONFESIÓN	TESTIMONIO	PERITACIÓN	INSPECCIÓN	INFORME	INDICIO	DOCUMENTO
Deceso			Necropsia, folios...		Acta de levantamiento folios...		Registro de de- función, folios...
Con vehículo		Testigos vieron arrollar.	Pintura reciente, folios...	Vestigios en el ve- hículo...	Muerte compatible con golpes		
Sindicación		Testigos tomaron placa, folios...				Propiedad e inten- to de arreglar el auto. Vestigios en el vehículo. Pintu- ra reciente	
Alta velocidad		Testigos, folios...	Potencia del motor				
Semáforo		Testigos dicen que había semáforo, folio...		Observación di- recta	Autoridad certifica que existía la se- ñal, folio...		
Otras señales		Testigos, folios...			Folio... certifica su existencia		
Condiciones Me- cánicas			Mal estado del sis- tema de frenos	Con demostración directa del estado			
Embriaguez		Testigo A: maneja- ba como borracho. Testigo B: estuvo con él en una fies- ta				Estuvo en una fies- ta antes de...	

HECHO/ PRUEBA	CONFESIÓN	TESTIMONIO	PERITACIÓN	INSPECCIÓN	INFORME	INDICIO	DOCUMENTO
Huida	No me percaté de accidente alguno”				No apareció el vehículo causante, Folio...		
Propiedad del automóvil							Certificado de tradición, en el folio...
Pertenencias en el auto	Sindicado admite que la foto es suya	“Esa cartera pertenece al sindicado” Testigo N, folio...				Testigo reconoce cartera del sindicado y este, su foto hallada en ella	
Daños en vehículo		Testigo X participó en el arreglo del carro	Daños compatibles con el tipo de accidente	Vestigios de un golpe mal arreglado		Intento de arreglar el vehículo	
Situación previa al accidente	Sindicado: “estuve en la fiesta, pero no me embriagué”.	Testigo Y: “estuve con el sindicado en la fiesta, pero me fui antes”.				Si estubo en una fiesta, seguramente se embriagó.	Fotografía en compañía de personas que portan botellas de alcohol

Corresponde a los participantes aplicar la matriz a un caso concreto cuyos datos reales sean suministrados por el orientador del curso o por ellos mismos.

En las filas se inscriben los hechos relevantes (según la norma elegida como orientación) y en las columnas, los distintos medios probatorios que el expediente refleja.

e

EJERCICIO

Totalmente al azar se tomó una sentencia civil, la primera que aparece publicada en un revista, para mostrar cómo puede comprimirse al máximo sin perder el sentido ni la fuerza argumentativa. Entre corchetes se hacen algunas observaciones. La sentencia tiene 30.760 caracteres sin espacios, de los cuales 14.339 están entre comillas. Los participantes deben hacer el mismo ejercicio en grupo, hasta hallar el mínimo de extensión posible de este fallo.

Sentencia de 17 de abril de 2002.

"Se resuelve el recurso de apelación que la parte actora interpuso en contra de la Sentencia de abril veinticuatro (24) del año anterior (2001) {dato que no es necesario absolutamente}, proferida por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ORDINARIO que pretendiendo la Rescisión del Contrato de Dación en Pago contenido en la escritura pública número 6.189 de noviembre 28 de 1996 extendida ante el señor Notario Segundo de Armenia {como la pretensión será escrita posteriormente y la descripción del acto igual, aquí es innecesaria}, le instauró la sociedad ATEHORTÚA URIBE Y CÍA S. EN C., a la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A.

ANTECEDENTES:

1. En escrito calendado {quiere decir presentado y es irrelevante a menos que la presentación de la demanda tenga como efecto

material interrumpir la prescripción, no es el caso} en julio 23 de 1997, la señora MARGARITA MARÍA URIBE DE ATEHORTÚA en su condición de representante legal {el nombre de quien representa a la sociedad no es importante, en este caso} de la sociedad ATEHORTÚA URIBE Y CÍA S. EN C., mediante apoderado judicial {como lo excepcional es el litigio en causa propia, a nivel del Tribunal no es un dato de interés que la demanda se haya presentado por intermedio de apoderado}, demandó la Rescisión por Lesión Enorme del contrato de Dación en Pago {las mayúsculas iniciales no son adecuadas} que celebró con la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. mediante la escritura pública número 6.189 de noviembre 28 de 1996, registrada en los folios de matrícula inmobiliaria 280-0077034, 280-117886 y 280-117887. Que demostrado el desequilibrio económico en las prestaciones de la aludida convención, se le ordene a la sociedad demandada le {leísmo} restituya los dos bienes inmuebles {la lesión enorme es solo sobre inmuebles; basta con decir bienes o inmuebles} objeto de la negociación, con sus respectivos frutos civiles y naturales y purificados de hipotecas o gravámenes que hubiere constituido sobre ellos en el lapso en que los tuviere en su poder. Que si la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. optare por completar el justo precio de los inmuebles, deberá además pagar la correspondiente indexación o ajuste monetario por el valor que tuvieron para la fecha del pago efectivo conforme a la determinación de equivalencia que expida el banco emisor.-{esta forma de cerrar un párrafo (-) es inusual}.

215

Esas súplicas las respalda en los hechos que literalmente se insertan a continuación, como manera para observar una estricta fidelidad en la exposición de la *causa petendi*: {renuncia el autor de la sentencia a condensar}

“1. La señora MARGARITA MARÍA URIBE DE ATEHORTÚA, de las condiciones civiles ya dichas, actuando en su condición de Socia Gestora y Representante legal de la sociedad ATEHORTÚA URIBE Y CÍA S. EN C., sociedad esta con domicilio principal en Armenia Q., por medio de la escritura pública número 6.189 de noviembre 28 de 1996, corrida en Notaría 2ª de Armenia, debidamente registrada en la Oficina de Registro de I. P. de la misma ciudad el día

3 de diciembre del mismo año, a los folios de matrícula (sic) inmobiliaria Nos 280-0077034, 280-117886 y 280-117887, transfirió a título de dación en pago a la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., la propiedad plena y efectiva que la sociedad primeramente nombrada tenía sobre los siguientes inmuebles, a saber: “Se trata de dos lotes de terreno que hacían parte de otro de mayor extensión del cual se segregaron, ubicados ambos en la vereda San Antonio, jurisdicción del Municipio de Salento, Departamento del Quindío, determinados así: PRIMER LOTE: Tiene una extensión superficial de VEINTICUATRO MIL CIENTO VEINTITRÉS METROS CUADRADOS (24.123 M²) aproximadamente, comprendido dentro de los siguientes linderos: ### Partiendo del mojón No 1, mojón localizado en la margen izquierda de la vía interna, siguiendo por esa vía en 220 metros aproximados al mojón No 2, mojón localizado en la margen izquierda de la vía interna. De aquí con azimut 62 grados y en 103.0 metros aproximados por cerca de alambre al mojón No. 3 mojón localizado en la orilla de la quebrada, lindando con el predio finca ALEJANDRÍA. De aquí con azimut 227 grados y en 127.0 metros aproximados al mojón No, 1, mojón inicial del alinderamiento, lindando con el predio de la finca ALEJANDRÍA### SEGUNDO LOTE: Contiguo a la anterior, situado en la vereda San Antonio Municipio de Salento, Q., tiene una extensión superficial de DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE METROS CUADRADOS (17.259M²) aproximadamente, comprendido dentro de los siguientes linderos: ### partiendo del mojón localizado en la margen derecha de la vía, vía que hace parte de la servidumbre de los dos lotes, siguiendo con azimut 209 grados 60.000.00 metros aproximadamente por cerca en alambre al mojón No. 2, mojón localizado en la orilla de la quebrada, lindando con el predio finca San Antonio, de aquí por la quebrada y lindando con la finca San Antonio en 195.000 metros aproximados al mojón No. 3, mojón localizado en la orilla de la quebrada, de aquí con azimut de 62 grados y en 93 metros aproximados por cerca en alambre al mojón No. 4, mojón localizado en la margen derecha de la vía interna, lindando con área de servidumbre de la finca ALEJANDRÍA. De aquí por esta vía en 220.0 metros aproximados al mojón inicial del alinderamiento ###.

“2. Los dos lotes de terreno antes determinados fueron desmembrados de una finca de mayor extensión conocida con el nombre de ALEJANDRÍA ubicada en la vereda San Antonio Municipio de Salento, departamento de Quindío, de propiedad de mi mandante, quien lo adquirió por compra a la sociedad ARCO LTDA., por medio de la escritura pública 1799 del 17 de mayo de 1993, otorgada en la Notaria 2ª de Armenia, registrada el 25 del mismo mes y año, en la oficina de Registro I. P. de Armenia, al folio de matrícula inmobiliaria No. 280-0077034, la cual tiene una extensión superficial de 65 hectáreas y 382.63 M² aproximadamente (65 ha 382.63 M²), aproximadamente, inmueble este comprendido dentro de los siguientes linderos: ### partiendo de un mojón de piedra que está situado a orillas de la carretera que de Pereira conduce a Armenia, de aquí, se sigue por la orilla de la carretera, por un cerco de alambre, en dirección a Armenia hasta llegar a unos árboles pinos, de aquí se gira sobre la izquierda, en línea recta por un cerco de alambre en longitud de 190 metros, más o menos, donde se gira a la derecha siguiendo por el mismo cerco de alambre, y lindando con la finca SAN ANTONIO, de propiedad de la sociedad ECHEVERRY ESCOBAR E HIJOS LTDA., hasta donde se encuentra un nacimiento de agua; se sigue por la orilla de la quebradita que forma el nacimiento hasta encontrarse con otra quebrada; de aquí, se sigue por la orilla de la última quebrada lindando del otro lado de este con la finca EL REFUGIO, de propiedad de CARLINDA LONDOÑO DE SERNA, hasta llegar a un mojón de piedra, lindero con la misma finca de CARLINA LONDOÑO DE SERNA., de aquí se gira por la izquierda por una cuerda de alambre lindando con la finca LA YOLANDA, hasta encontrar otra quebrada, de aquí se gira sobre la izquierda por la orilla de la quebrada lindando del otro lado de esta con la finca LA LILIANA, de propiedad de señor ELIÉCER HENAO, hasta llegar a un cerco de alambre donde comienza el lindero, con predio que en la partición se adjudicará a los hermanos OSORIO NIETO; de (sic) aquí se sigue por la orilla de la quebrada del lado izquierdo, lindando del otro lado de esta con predio que se adjudicará a los hermanos OSORIO NIETO, hasta encontrar un cerco de alambre, de aquí, se deja la quebrada y se sigue en línea recta, por un cerco de alambre, lindando con predio que se ad-

judicará en esta partición a los hermanos OSORIO NIETO, hasta salir a la carretera que de Pereira conduce a Armenia, de aquí se gira sobre la izquierda, en línea recta, por la orilla de la citada carretera, hasta llegar al mojón situado a orillas de la misma carretera que de Pereira conduce a Armenia, o sea el mojón tomado como punto de partida y encierra ####. A los dos lotes segregados de la anterior finca se les adjudicó en la Oficina de Registro de I. P. de Armenia, las matriculas (sic) inmobiliarias Nos. 280-117886 para el primer lote y 280-117887 para el segundo lote.

218 “3. Los anteriores inmuebles los transfirió la Sociedad que apodero a título de dación en pago, a favor de la CORPORACION FINANCIERA DE CALDAS S. A. para pagar así las tradente (sic) a la CORPORACIÓN mencionada obligaciones que aquella tenía contraída con esta por valor de OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$82.764.055.00 mcte)

“4. Se colige pues de lo anterior que la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S.A., en la transacción a que ya me he referido, tomó o recibió de mi mandante a título de dación en pago los dos lotes de terreno que esta le transfirió, a razón de DOS MIL PESOS MCTE (\$2.000 MCTE) el metro cuadrado, pues la cantidad de terreno así transferida tiene un área total de CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS METROS CUADRADOS (41.382 M²).

“5. Los dos inmuebles objeto del contrato de dación en pago, a la fecha de celebración –28 de noviembre de 1996- tenían un valor total de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$248.292.000.00 MCTE) a razón de SEIS MIL PESOS MCTE (\$6.000.00MCTE) cada metro cuadrado, tal como lo determinó la Lonja de Propiedad Raíz del Quindío.

“6. Sobre el particular le aporoto el avalúo rendido por la Lonja de Propiedad Raíz del Quindío, sobre parte de la finca ALEJANDRÍA de la cual fueron desmembrados los dos lotes de terreno transferidos a título de dación en pago, lote este objeto de avalúo que la sociedad que represento pretendió entrar a título de dación en pago a favor de la sociedad ahora demandada, teniendo esta última la opción de escoger el lote que mejor le gustara de la finca, a razón de (\$6.000.00

Mcte) metro cuadrado, propuesta que no fue aceptada, exigiéndosele a mi mandante la entrega de los dos lotes en vez de uno.

“7. Es claramente evidente entonces que al momento de la transacción ya referida, los dos lotes de terreno tenían un valor tres veces superior al valor por el que los recibió la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., con lo cual se causó (sic) lesión enorme a mi mandante, tal como se habrá de acreditar con la prueba pericial que más adelante solicitaré.

“8. Con la anterior transacción mi poderdante (sic) a sufrido grandes perjuicios económicos representados en la desproporción del precio, en la forma que ya se explicó.

“9. La sociedad demandada entró a poseer materialmente los inmuebles a ella transferidos el mismo día de la firma de la escritura de dación en pago, inmuebles que incluso quedaron mejorados con una servidumbre de tránsito que en su favor constituyó la Sociedad demandante, sobre el predio de mayor extensión que le quedó. La carretera objeto de servidumbre fue efectivamente construida.

219

“10. La SOCIEDAD CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. es un establecimiento de crédito con domicilio principal en la ciudad de Manizales, C., constituida por medio de la escritura pública No. 1486 del 8 de septiembre de 1961 de la Notaría 2ª de Manizales y con permiso de funcionamiento concedido por la Superintendencia Bancaria, siendo su representante legal en condición de Presidente de la misma, el Doctor GUILLERMO TRUJILLO ESTRADA, quien es persona mayor de edad, vecino y residente en Manizales, C.”.- {todos los linderos, la tradición y las segregaciones son innecesarios porque nada de ello fue objeto del debate; bastaría con citar el acto y referirse a los inmuebles por su nombre o por el folio de matrícula inmobiliaria. Si el problema fuera de cabida o falta de identificación en una reivindicación, copiar exhaustivamente los linderos tendría alguna explicación}.

2. El escrito introductorio en referencia fue admitido por el a quo en auto calendado el 4 de agosto de 1997, ordenándose allí la notificación y el traslado a la sociedad demandada; acto que efectivamente se produjo el 10 de septiembre siguiente según la constan-

cia que se aprecia al folio 64 del cuaderno principal. {información innecesaria, pues si se apresta el Tribunal a dictar sentencia, con seguridad la demanda fue admitida y hubo adecuada notificación; pues de no, estaría el Tribunal disponiendo la nulidad o el saneamiento}.

220 3. En el término de ley la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S.A., mediante apoderado judicial debidamente constituido {innecesario decir que el demandado no litiga en causa propia, es una sociedad}, admite como ciertos los hechos que hablan de la celebración del contrato de dación en pago y su expresa finalidad. En cambio, rechaza y desconoce aquellos en los que la sociedad demandante trata de hacer aparecer el desfase entre el valor pactado por los contratantes y aquel que supuestamente tenían los bienes transferidos según la realidad económica imperante en la región en donde están ubicados. Niega consecuentemente que los aludidos predios, para el momento de la convención, tuvieron un precio real tres veces superior al pactado, como lo refiere el libelo introductorio.-

Como excepciones de fondo o mérito, enuncia y desarrolla los siguientes temas:

- A) Renuncia a la lesión enorme
- B) Indivisibilidad de la hipoteca
- C) Preclusión del derecho a solicitar la rescisión
- D) Caducidad de la acción
- E) Reconocimiento simultáneo de los efectos de la rescisión del contrato.

4. En escrito separado y dentro del término de traslado, la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. formuló demanda de reconvención en contra de la inicial accionante ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C., encaminada a que por el juez del conocimiento se declare: {en el momento en que se redacta la sentencia, ya se sabe que la demanda de reconvención no tuvo ninguna prosperidad y que el demandante en reconvención no protestó el fallo. Esta información es innecesaria}.

A) Que subsiste la obligación reconocida por ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C., a favor de la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., en la escritura pública No. 6.189 de 28 de noviembre de 1996 extendida en la Notaría Segunda de Armenia;

B) Que subsiste así mismo la hipoteca abierta de primer grado y en cuantía indeterminada constituida por ATEHORTÚA URIBE Y CIA. S. EN C., a favor de la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., en la escritura pública 1.209 de marzo 16 de 1994, otorgada ante el señor Notario Segundo de Armenia, aclarada mediante la 2.387 de mayo 20 del mismo año, ante el mismo funcionario notarial, actos inscritos en el folio de matrícula inmobiliaria – matriz 280-0077034;

C) Que se declare cancelada la escritura pública 2.320 de 14 de mayo de 1997 de la Notaría Segunda de Armenia que había cancelado el gravamen hipotecario contenido en la Nro. 1.209 de 16 de marzo de 1994;

D) Que se revivía la inscripción del gravamen hipotecario en los folios de matrícula 280-0077024, 280-0117886, 280-0117887 y 280-0118120 de la Oficina de Registro del Círculo de Armenia.-

221

Los hechos expuestos en sustento por el reconviniente guardan íntima relación con las expuestas pretensiones. Es decir, buscan que al declararse la rescisión del contrato de dación en pago se determinen por el juez los aludidos pronunciamientos para que recobren vigencia las obligaciones y la garantía real que la respaldaba.-

5. El a quo admitió la demanda de reconvención en auto de 9 de octubre de 1997 {fecha intrascendente porque nada se origina en ella}, por lo que la contrademandada emitió su concepto sobre los hechos y las pretensiones expuestos en su contra, concluyendo en la improcedencia de lo expuesto a manera de acción por la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., pues dice, no se trata de pretensiones autónomas sino de simples declaraciones consecuenciales a la prosperidad de lo suplicado al fundamentar la rescisión por lesión enorme.- {el fracaso de la demanda de reconvención, consentido por el demandante en reconvención, en tanto no apeló la sentencia hace de estos datos algo superfluo}.

6. Sin ningún resultado positivo se llevó a cabo la audiencia ordenada por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, acto realizado en Enero {el orden es día, mes y año, las mayúsculas de los meses no tienen explicación} 27 de 1998.-

Vino luego el ciclo probatorio, que finalizado le dio paso a la época para alegar de conclusión, que transcurrió en silencio.-{cierre extraño del párrafo (-.)}

222 7. Importante es mencionar que mediante auto de Octubre {las mayúsculas del mes no tienen explicación; los años no llevan punto para indicar mil} 14 de 1.999 el señor juez del conocimiento ordenó citar como litis consorte necesario al señor HERNANDO CASTAÑO, a quien la sociedad demandante ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C., le vendió una fracción del predio de mayor extensión llamado Alejandría, a través de la escritura pública 785 del 26 de Noviembre de 1.996 extendida en la Notaría de Circasia. La venta comprendió una dimensión de 9.393 M². Recuérdese que la escritura de dación en pago 6.189 fue otorgada dos días después, es decir el 28 de Noviembre del aludido año.-{ este dato que se anuncia como importante, después se pierde}

El citado compareció, según constancia que se aprecia al folio 288 del cuaderno principal del expediente, sin embargo dejó transcurrir el término que se le confirió, sin hacer pronunciamiento alguno.-

8. La sentencia que desató la primera instancia fue proferida el día 24 de Abril del año inmediatamente anterior. Luego de declarar imprósperas las excepciones de mérito y negar la demanda de reconvencción, el a quo determina {el tiempo verbal pasado es más adecuado -determinó-} la rescisión por lesión enorme por contrato de dación de pago en pago concertado por la SOCIEDAD ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. y la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., ordenándole a esta última la restitución de los fundos que en tal acto le habían sido transferidos y a la vez le concede el derecho de opción previsto en el artículo 1948 del Código Civil, si fuere su deseo completar el justo precio en el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia. Dispuso {aquí se emplea adecuadamente el verbo en tiempo pasado} también restablecer el gravamen hipotecario que había sido constituido a través de la escritura pública No. 1.209 del 16 de Marzo de 1994 y revivir su inscripción en los folios de matrícula inmobiliaria 280-0077024, 280-0117886, 280-0117887 y 280-0118120. Consecuentemente declara {declaró - tiempo verbal} la subsistencia de los créditos contraídos por la demandante

a favor de la demandada en los pagarés Nos {en el texto no se emplea siempre la misma abreviatura para número; la correcta es núm.} 9318 y 9684, a los que precisamente respaldaba el gravamen hipotecario, señalando la forma verbal es un verboide, no es verbo, es adverbio de modo} su equivalencia en la suma de \$82.764.055. M/cte {esta forma para referirse al signo monetario de pesos es anacrónica} dispuso la cancelación de la inscripción de la demanda y la correspondiente condenación en costas a la parte vencida.

9. La CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. por conducto de su vocero {innecesario decir que fue por abogado} o en el proceso invocó la aplicación del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil para que se adicionara la sentencia con ordenamientos que restablecieran la vigencia del gravamen hipotecario, garantía de los créditos personales adeudados por la sociedad ATEHORTUA URIBE Y CÍA. S. EN C., previa cancelación de la escritura contentiva de la dación en pago (6.189 de Noviembre 28 de 1.996) y de aquella que como consecuencia de esta canceló la hipoteca (2.320 de Mayo 14 de 1.997). Y que expresamente se dijera que por ministerio de la ley procede la compensación de valores recíprocos entre las partes; así como la entrega o devolución de los títulos de gravamen con la constancia de hallarse insatisfecho el crédito que garantizan.-

223

10. Solo la parte inicial, ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, pero limitando su inconformidad a la resoluciones patentadas en los ordinales cuarto y séptimo de la parte resolutive. Sobre el primero { de los mencionados para no confundirlo con el primer numeral de la sentencia} advierte {tiempo verbal}, que a pesar de haberla solicitado en la demanda no se ordenó la indexación o ajuste monetario para el evento de que la demandada (Corporación Financiera de Caldas) optaré por reajustar el precio de la forma dispuesta por el artículo 1.948 del Código Civil.

En cuanto al segundo de los aludidos puntos (ordinal 7° de la sentencia) dice que no existe claridad "...sobre si tales intereses son sobre la suma citada o sobre el valor de los pagaré (sic), pues en el primer (sic) caso serían lesivos para la parte que represento, ya que comprenderían intereses sobre los intereses liquidados, como sobre

honorarios y demás sumas tenidas en cuenta en la trancción (sic) o arreglo correspondiente.”.-

11. Luego de adicionar el fallo en la forma suplicada por la sociedad demandada (providencia de Mayo 11 de 2.001) el a quo concedió el recurso de apelación propuesto por la parte actora dando lugar para que el original del expediente fuera remitido a esta sala en donde en firme el auto que le dio curso a la instancia {innecesario}, se confirió el traslado a los contendientes. El lapso transcurrió y en su decurso sólo la recurrente presentó escrito en el que reiteró los argumentos que ya había expuesto al impugnar.-

Se encuentra entonces la actuación procedimental a punto de recibir la decisión de este ad quem para cuyo efecto se anticipan las siguientes

224

CONSIDERACIONES:

1º. Para el sub júdice no hay duda de la estricta concurrencia de los denominados presupuestos procesales. Evidentemente, estamos en presencia de materia que por su cuantía y por el domicilio del demandado la competencia radica ante los señores jueces civiles del circuito de esta ciudad. La parte demandante tiene existencia legal en derecho, pues es persona jurídica que por conducto de su representante le confirió poder a abogado con derecho de postulación. Por demás, el libelo introductorio no presenta defecto alguno que impida el fallo de mérito. Es cierta la competencia del Juez, la capacidad para ser parte, la capacidad para intervenir en el juicio y la idoneidad formal del escrito introductorio.- {este párrafo, salvo los dos primeros renglones, parece innecesario si el debate está centrado en el tema de la indexación}.

Tampoco la legitimación en la causa como presupuesto de la pretensión es aspecto discutible, pues la demanda fue formulada por la sociedad comercial ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. en contra de CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S.A., concertantes ambas del contrato de dación de pago contenido en la escritura pública 6.189 de Noviembre 28 de 1.996 otorgada ante el señor Notario único de Armenia, acto debidamente inscrito en la matriz inmobiliaria 280-0077034. Eran entonces ambas sociedades titulares de las relaciones

sustanciales originadas en la aludida convención y con absoluta idoneidad para afirmar y contradecir sobre los términos en ella pactados.- {este párrafo se puede reducir sensiblemente, en especial porque nadie ha discutido el tema de la legitimación}.

2°. Antes de avocar el pertinente análisis del asunto debe dejarse en claro que la Sala solo tiene competencia en lo desfavorable al apelante, por expreso mandato del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que la sociedad demandada CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. no impugnó la providencia final.

Por demás, es el mismo apelante quien determina de manera específica y concreta los puntos que motivan su inconformidad, contenidos en los ordinales cuarto y séptimo de la sentencia de Abril 24 del año inmediatamente anterior.- {párrafo que se puede reducir sensiblemente}.

225

A) El ordinal cuarto del expresado proveído reza textualmente:

“La parte demandada en caso de que opte por atajar la rescisión, deberá completar el justo precio del inmueble determinado pericialmente en la suma de \$182'219.000.00 con deducción de una décima parte de esta suma de dinero para cuya opción se concede un término de diez días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia o del auto que ordena cumplir lo dispuesto por el superior”.

El recurrente glosa esta decisión en cuanto no le concedió la indexación o ajuste monetario que invocó en el libelo introductorio, para el evento que la sociedad demandada optara por persistir en el contrato reajustando el precio faltante para alcanzar la valoración pericial en los términos prescritos en el artículo 1948 del Código Civil.-

Constante ha sido la jurisprudencia y la doctrina nacionales, y con ellas la de este Tribunal en sus diferentes Salas de Decisión Civil {debe citarse el precedente si se compromete el criterio de todo el Tribunal}, en establecer, que cuando en virtud de una decisión judicial que declare la nulidad o la resolución de un contrato las cosas deban volver a su estado inicial con las consiguientes restituciones recíprocas, que para una de las partes significa regresar un bien y para la otra restituir una suma de dinero recibida a cuenta del precio,

resulta de simple equidad y justicia que los efectos pecuniarios deban beneficiarse con la respectiva indexación o corrección monetaria, pues el poder adquisitivo del dinero va desmejorándose día a día en una economía ampliamente inflacionaria como la nuestra, de tal manera que un cuántum de hace dos o tres años será notoriamente inferior en su poder de compra al que pueda representar en los momentos actuales. No resulta justo entonces que quien de tiempo atrás pagó por el precio, v. gr., cinco o diez millones de pesos, se le vaya a restituir ahora lisa y llanamente ese mismo monto sin la compensación por la devaluación; quien recibe el bien mueble o inmueble lo obtendrá valorizado; el perjuicio será entonces para quien va a recibir la restitución del precio, de no compensarse monetariamente el respectivo valor.- {aunque relacionado, el tema parece que corresponde a la resolución del contrato o la nulidad, en el caso presente se trata de completar el precio y no de devolver el precio}.

Sobre ese preciso aspecto ha habido absoluta uniformidad en la providencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Corporación Jurisdiccional que había sido renuente en aceptar y reconocer la indexación o corrección monetaria para las acciones de rescisión por lesión enorme en el evento de que el contratante demandado hiciese uso de la opción consagrada en el artículo 1948 del Código Civil eligiendo completar el justo precio del bien.-

Sin embargo, esa posición radical que se inclinaba a negar el ajuste monetario en los procedimientos de rescisión por lesión enorme fue variada en la sentencia de casación de Junio 8 de 1.999, en donde fue Ponente el Honorable Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expuso allí la alta corporación de justicia:

“c) En efecto, de la lectura del Art. 1948 del C. Civil se sigue que al concluir un proceso de rescisión por lesión enorme de un contrato del tipo atrás señalado y obtenida por el demandante sentencia a su favor, la ley autoriza al demandado para mantener vigente la venta llevando a cabo, en función del objetivo indicado en los párrafos precedentes, una prestación en dinero cuyo contenido no siempre es idéntico puesto que si del comprador se trata, puede enervar las consecuencias de la rescisión completando el “justo precio” con deducción de una décima parte, mientras que al vendedor se le per-

mite hacer lo propio restituyendo el exceso recibido aumentado en una décima parte, y en ambas hipótesis la experiencia demuestra, ante el mal crónico que representa el fenómeno notorio de la inflación en Colombia, que limitarse a determinar la extensión de dichas prestaciones en simples cantidades nominales de unidades monetarias con referencia al que era “justo precio” en el momento de celebrarse el acto lesivo y pasando por alto, en consecuencia, el menoscabo experimentado en su valor de cambio por esas mismas unidades durante el tiempo transcurrido, conduce a resultados no conformes con los dictados de la equidad y que debido a ello, al persistir el agravio jurídico-económico cuya existencia aspira a suprimir la acción rescisoria, tampoco consultan el auténtico significado de la regla de derecho que aquella disposición encierra. Dicho en otras palabras, las prestaciones en mención y de modo específico la consistente en el pago del suplemento del precio a cargo del comprador demandado e interesado en hacer subsistir el contrato en los términos en que lo permite el Art. 1948 del C. Civil, tienen por fuerza que recibir el tratamiento de las obligaciones pecuniarias de valor estable que, por definición, han de medirse en su equivalente monetario al momento de ser satisfechas, evitándose así, a la luz de un razonable criterio de equidad y buena fe adecuado a la época de acentuada inflación que por más de tres décadas ha padecido el país, que la depreciación del dinero y las fluctuaciones negativas en su poder adquisitivo, tenga que soportarlas el contratante víctima de la lesión; lo que ocurre, en síntesis, es que aquel contrae una obligación de completar la cantidad que a título de precio debió recibir el vendedor cuando se perfeccionó la venta, cantidad que si se ha desvalorizado con el correr del tiempo hasta el momento del pago, es necesario, tomando pie en la naturaleza de la ameritada obligación e inspirándose en una idea justa de realismo monetario que es vital en orden a restablecer en verdad el equilibrio patrimonial roto, reajustarla en igual proporción al deterioro del signo monetario, ello en el bien entendido que en casos como el que aquí es materia de estudio, este reajuste o recomposición económica lo único que busca, en reconocimiento a los principios universales de equidad e igualdad de la justicia a los que

de manera reiterada alude la jurisprudencia al tratar el tema de la llamada “corrección monetaria” (G. J., Ts. CLXXXIV, pág. 25, y C. C. pág. 20), es atenuar las secuelas nocivas del impacto inflacionario sobre una deuda pecuniaria sin agregarle, por lo tanto, a esta última, nada equiparable a una sanción o un resarcimiento.

228

Preciso es subrayar, entonces, que el sistema legal consagrado en el Art. 1948 del C. Civil no debe ser distorsionado por influjo del envilecimiento de la moneda de curso legal, y a no permitirlo se encamina justamente el considerar que la correcta interpretación jurídica de dicho sistema exige tomar el dinero, no en su significación nominal sino por su valor real de cambio o de mercado vigente al tiempo en que habrá de realizarse la prestación complementaria, luego el concepto básico a tener en cuenta frente a la cuestión así propuesta, es que el aumento que mediante el reajuste experimenta el importe nominal en que esa prestación se expresa, originado tal aumento en la depreciación monetaria, no trae consigo algo adicional que sea sustancialmente distinto a la misma prestación ni supone, por ende, un incremento de su contenido, fuente en cuanto tal de injustificada ventaja para el acreedor. Se trata apenas de mantener el valor económico del complemento del precio para que tampoco sufra perjuicio el vendedor damnificado y por eso, vistas las cosas con esta perspectiva, no queda otra alternativa diferente de admitir que la actualización a la que viene aludiéndose, en la medida en que no conlleva imponerle al demandado interesado en la conservación del contrato otras prestaciones diversas a las que autoriza el Art. 1948 del C. Civil y con referencia desde luego a la fecha de la demanda como punto de partida para medir el importe de la susodicha actualización, no choca —esta última— con ninguna parte del precepto ni menos todavía, contradice la “naturaleza tan especial” que con frecuencia se predica del instituto rescisorio, apreciaciones doctrinarias ambas que como lo apunta el recurso, había venido sosteniendo esta corporación desde hace varios años (G. J., T. CLXXX, Pág. 322, reiterada en Cas. Civ. de 22 de julio de 1987, 19 de abril, 21 de abril de 1989 y 8 de febrero de 1994) y que hoy corresponde rectificar por obra de los motivos explicados a espacio en estas consideraciones.

3. La conclusión que se desprende de esas mismas consideraciones en lo que atañe a la impugnación en estudio y su fundamento, es que en realidad el sentenciador ad quem incurrió en el desacierto hermenéutico que se le endilga al encontrar, apoyado simplemente en el tenor literal del segundo inciso del Art. 1948 del C. Civil, una prohibición terminante e “insalvable” para reconocerle a la parte actora en el proceso, el derecho a obtener el complemento del precio con el respectivo reajuste por depreciación monetaria, por lo que el cargo está llamado a prosperar y el fallo habrá de casarse para introducir las modificaciones decisorias pertinentes”.

Criterio reiterado en la sentencia de Septiembre {en realidad es de diciembre} 13 del año 2001 en ponencia elaborada por el H. Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo cuando dijo:

229

“Estas mismas razones sirven para justificar la procedencia de la indexación en el supuesto de hecho de que trata el artículo 1951 del Código Civil, pues si bien es cierto la acción rescisoria como tal, se extingue cuando el comprador ha perdido la cosa o la ha enajenado, no lo es menos que, en este último evento, si la venta se hizo por un valor superior al de compra, el propósito de “sancionar el indebido enriquecimiento en el terreno contractual” (LXXXVII, pág. 532 y CXXIV, pág. 249), se logra al conceder al vendedor la prerrogativa de reclamar el exceso hasta concurrencia del justo valor de aquella y con deducción de una décima parte, finalidad que no se obtendría si tan solo se habilitara una condena por valor nominal, que simplemente reflejara la diferencia entre dos sumas, sin atender cuál es la medida de la misma en la hora de ahora, bajo el entendido de que el vendedor no estaría recibiendo más de lo que le corresponde por derecho, sino, justamente, el saldo real de lo que es necesario para establecer la conmutatividad del contrato.

Expresado en otras palabras, la obligación que tiene el comprador de completar el justo precio de la cosa vendida, tiene, en cualquier caso, la misma justificación: rescatar la conmutatividad genética del contrato, sin que la posibilidad de rescisión altere ese propósito, como quiera que esta opción tan solo depende de que aquel conserve la cosa en su poder o no la haya enajenado, pero no quita ni pone ley en lo tocante con la lesión enorme que sufre el vendedor, la que se

busca reparar mediante las acciones rescisoria y de complemento de pago, de que tratan los artículos 1946 y 1951 inciso 2º del Código Civil.” {Usualmente se cita el último de los precedentes y se reconstruye mediante menciones puntuales la línea jurisprudencial, hasta llegar la sentencia hito o sentencia fundacional en la que se cambió de paradigma}.

Bajo la óptica de las jurisprudencias expuestas, gobernará la Sala el tema a estudio dentro de este proceso ordinario promovido por la sociedad ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. en contra de la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A.-

230 Indefectiblemente, si la sociedad demandante en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1948 del Código Civil optare por persistir en el contrato de dación en pago celebrado a través de la escritura pública 6.189 de Noviembre 28 de 1.996 {es innecesario citar de nuevo el acto si aparece en otro lugar}, reajustando el precio de acuerdo con la valoración pericial señalada en la sentencia, deberá complementar la diferencia con la respectiva corrección o reajuste monetario a la fecha en que efectivamente se realice el pago, conforme a las equivalencias que se obtengan del Banco de la República.-

Le asiste razón entonces a la parte actora cuando recurre de la sentencia con el argumento expresado, pues desde la demanda introductoria de manera expresa solicitó la corrección monetaria para el evento previsto. Sin embargo, el a quo nada dijo al respecto, y en tal sentido será modificada la decisión contenida en el ordinal 4º de la parte resolutive del fallo.

B).- El segundo aspecto de la glosa que plantea la demandante sociedad ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C., tiene que ver con el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia de Abril 24, que reza textualmente:

“DECLÁRSE (sic) que subsisten los créditos otorgados por la demandada a favor de la demandante en los pagarés Nos. 9318 y 9684 que para el día 28 de noviembre de 1996 ascendían a la suma de \$82'764.055.00 M/cte, con los intereses de plazo y moratorios pactados entre las partes, los cuales se deben hasta la fecha de la negociación y a partir del día 23 de julio de 1997 fecha de presentación de la demanda.”.-

Afirma que no existe claridad sobre si tales intereses son sobre la suma global a que se refiere la sentencia o sobre el valor de los pagarés, pues de ser lo primero, se le ocasionaría perjuicio, pues se estarían cobrando intereses sobre intereses ya liquidados con honorarios profesionales y demás valores tenidos en cuenta en la transacción o arreglo que le dio origen a la escritura de dación en pago 6.189 de Noviembre 28 de 1.996.-

Sobre el punto advierte la Sala que al perder vigencia el contrato de dación en pago y revivir los créditos constantes en los pagarés suscritos por ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C., conjuntamente con el gravamen hipotecario que lo respalda constituido en escritura pública 1.209 de 1994, la liquidación de las citadas obligaciones debe producirse en la forma estipulada al contraerlas. Para el efecto no podrá tomarse como base el valor global de \$82'764.055.00 M/cte, determinado en la escritura pública Nro.6.189 de Noviembre 28 de 1996, pues este fue un monto que acreedora y deudora acordaron para perfeccionar la dación en pago y en el que seguramente van incorporados otros conceptos conformantes del arreglo encaminado a extinguir la obligación original.-

231

Pues bien, si esa dación en pago quedó {quedara} sin ningún efecto en virtud de la rescisión del contrato y como consecuencia han revivido los créditos y su garantía hipotecaria, la liquidación de los mismos debe sujetarse a los parámetros establecidos en los ameritados títulos de crédito; en tal sentido será modificada la decisión que el a quo tomó en el ordinal séptimo de la sentencia en cuestión.-

No habrá lugar a condenar en costas en el trámite del recurso de apelación pues a juicio de la Sala no se causaron (art. 392 del C. P. C.).-

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales, en Sala de decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, MODIFICA {no se distingue la parte resolutive nítidamente} la sentencia de Abril veinticuatro (24) del año dos mil uno (2.001) proferida por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ORDINARIO de Rescisión por Lesión Enorme instaurado por


la sociedad ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. frente a la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S.A., en los ordinales cuarto y séptimo de la parte resolutive, y quedarán así:

CUARTO: En caso de que la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. optare por persistir en el contrato completando el justo precio determinado pericialmente en la suma de \$186'.219.000. M/cte (con la deducción de una décima parte en los términos del artículo 1.948 del Código Civil), deberá pagar sobre la diferencia a cancelar, la respectiva indexación o ajuste monetario para el momento en que efectivamente se produzca la solución {es equívoca como sustituto de pago} de acuerdo con la equivalencia que determine el Banco de la República.-

232 **SÉPTIMO:** Al revivir los créditos contenidos en los pagarés 9318 y 9384 suscritos por ATEHORTUA URIBE Y CÍA. S. EN C. y a favor de la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., así como la garantía hipotecaria constituida a través de la escritura pública 1.209 de Marzo 16 de 1.994, la liquidación de tales obligaciones deberá realizarse conforme a los términos estipulados en los citados documentos. Para el efecto en nada se tendría en cuenta el monto señalado en la escritura de dación en pago, de acuerdo con lo que ya se expresó en la parte motiva.-

En esta instancia no hay lugar a condenar en COSTAS.-

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE {las mayúsculas llevan tilde}

	<p>EJERCICIO</p> <p>El ejercicio de reducción de la sentencia anterior llevaría a un texto que sólo tendría 9.575 caracteres sin espacios; es decir, quedaría en solo una tercera parte de su original.</p> <p>Los participantes deben hacer el análisis para determinar la pérdida comunicativa y argumental que pudo tener la sentencia.</p> <p>Este ejercicio debe hacerse con otra sentencia que necesariamente deben aportar los participantes.</p>
---	---

<div data-bbox="242 205 359 351" data-label="Image"> </div>	<p>Veamos el texto de la sentencia luego de la eliminación de lo que se consideró innecesario.</p> <p>“Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia proferida por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, epílogo proceso ordinario iniciado por ATEHORTÚA URIBE Y CÍA S. EN C., contra la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A.</p>
---	---

ANTECEDENTES:

1. La demandante reclamó la rescisión por lesión enorme del contrato que celebró con la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. mediante la escritura pública número 6.189 de noviembre 28 de 1996, registrada en los folios de matrícula inmobiliaria 280-0077034, 280-117886 y 280-117887. Se pide que en consecuencia la demandada restituya los inmuebles objeto de la negociación, con sus respectivos frutos; purificados de gravámenes que hubiere constituido sobre ellos durante el tiempo en que fueron suyos. Que si la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. optare por atajar la rescisión, pague la diferencia del precio con ajuste monetario hasta la fecha del pago.

233

Las súplicas se apoyan en los hechos que enseguida se compendian:

1. La sociedad demandante por medio de la Escritura pública número 6.189 de 28 de noviembre de 1996, corrida en la Notaría 2ª de Armenia, registrada en los folios de matrícula inmobiliaria núms. 280-0077034, 280-117886 y 280-117887, transfirió a título de dación en pago a la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., la propiedad sobre los inmuebles que se describen en el texto de la demanda y en los títulos aportados.

La transferencia del dominio se hizo para pagar las obligaciones que el demandante tenía con la Corporación demandada, por la suma de \$82.764.055.

En la venta el precio se pactó a razón de dos mil pesos el metro cuadrado, la cantidad de terreno así transferida tiene un área total de 41.382 metros cuadrados.

El verdadero valor del metro cuadrado a la fecha de celebración del contrato, 28 de noviembre de 1996, era de \$248.292.000 tal como lo determinó la Lonja de Propiedad Raíz del Quindío.

Se aportó el avalúo hecho por la Lonja de Propiedad Raíz del Quindío, sobre parte de la finca Alejandría de la cual fueron desmembrados los dos lotes de terreno transferidos a título de dación en pago.

Al momento de la transacción acusada, los dos lotes de terreno tenían un valor tres veces superior al que los recibió la demandada por lo que hubo lesión enorme en perjuicio del demandante.

La sociedad demandada entró a poseer los inmuebles desde el mismo día de la firma de la escritura de dación en pago.

La parte demandada resistió a las pretensiones de la demanda, propuso excepciones de fondo e intentó demanda de reconvención.

6. Sin ningún resultado positivo se llevó a cabo la audiencia ordenada por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

La sentencia de primera instancia, desechó las excepciones propuestas y accedió a la pretensión de rescisión por lesión enorme del contrato de dación de pago concertado por la SOCIEDAD ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. y la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S.A. A esta ordenó la restitución de los fundos y le concedió el derecho de atajar la rescisión, como lo autoriza el artículo 1948 del Código Civil, si fuere su deseo completar el justo precio debe harcelo en el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia. Dispuso también, restablecer el gravamen hipotecario que había sido constituido a través de la escritura pública num. 1.209 del 16 de marzo de 1994 y revivir su inscripción en los folios de matrícula inmobiliaria 280-0077024, 280-0117886, 280-0117887 y 280-0118120. Consecuentemente declaró la subsistencia de los créditos contraídos por la demandante a favor de la demandada en los pagarés nums. 9318 y 9684, a los que precisamente respaldaba el gravamen hipotecario y señaló su equivalencia en la suma de \$82.764.055.

La demandante ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, limitado a lo que le resultó adverso. Su inconformidad fue contra las resoluciones de los ordinales cuarto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia. El primer reparo concierne a la ausencia de reconocimiento de corrección monetaria en caso de que la demandada quiera completar el justo precio.

La segunda objeción de la demandante atañe a que se determine si los intereses reconocidos “...son sobre la suma citada o sobre el valor de los pagaré (sic), pues en el primer (sic) caso serían lesivos para la parte que represento, ya que comprenderían intereses sobre los intereses liquidados, como sobre honorarios y demás sumas tenidas en cuenta en la trancción (sic) o arreglo correspondiente”.

235

Admitido el recurso en este Tribunal la recurrente presentó escrito en el que reiteró los argumentos que ya había expuesto al impugnar.

Se decide la impugnación previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Concurren cabalmente los denominadas presupuestos procesales.

La legitimación en la causa como presupuesto de la pretensión es aspecto indiscutible, pues las partes concertaron el contrato respecto del cual se reclama que hubo asimetría de las prestaciones y no han negado ser extremos de la relación negocial aludida.

La Sala tiene restringida su competencia a los reparos puestos por el demandante, en tanto este es apelante solitario.

El recurrente glosa la sentencia en cuanto omitió conceder la indexación o ajuste monetario que aquel invocó en el libelo introductorio, para el evento que la sociedad demandada optara por persistir en el contrato, pues en tal caso de reajustar el precio faltante para alcanzar la valoración pericial en los términos prescritos en el artículo 1948 del Código Civil debe expresarse en términos reales.

Sobre el pago de la diferencia para salvar el contrato en caso de lesión enorme en perjuicio del vendedor, la jurisprudencia de la Corte había venido sosteniendo, G. J. T. CLXXX, pág. 322, reiterada en

Cas. Civ. de 22 de julio de 1987, 19 de abril, 21 de abril de 1989 y 8 de febrero de 1994, que la especificidad de la acción rescisoria por lesión enorme descarta la corrección monetaria aplicada a la diferencia entre el justo precio y el efectivamente pagado. No obstante en la sentencia de casación de 8 de junio de 1999, se produjo un viraje para admitir que el derecho del comprador a mantener el contrato completando el justo precio, implica que a la diferencia a su cargo se aplica la corrección monetaria. Dijo en esta ocasión la Corte que: “Preciso es subrayar, entonces, que el sistema legal consagrado en el Art. 1948 del C. Civil no debe ser distorsionado por influjo del envilecimiento de la moneda de curso legal, y a no permitirlo se encamina justamente el considerar que la correcta interpretación jurídica de dicho sistema exige tomar el dinero, no en su significación nominal sino por su valor real de cambio o de mercado vigente al tiempo en que habrá de realizarse la prestación complementaria, luego el concepto básico para tener en cuenta frente a la cuestión así propuesta, es que el aumento que mediante el reajuste experimenta el importe nominal en que esa prestación se expresa, originado tal aumento en la depreciación monetaria, no trae consigo algo adicional que sea sustancialmente distinto a la misma prestación ni supone, por ende, un incremento de su contenido, fuente en cuanto tal de injustificada ventaja para el acreedor”. Este criterio fue reiterado en la sentencia de 13 de diciembre de 2001.

Fiel a los precedentes antes expuestos, y en ausencia fundamentos que permitan apartarse de ellos, si la sociedad demandante en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1948 del Código Civil, optare por persistir en el contrato debatido reajustando el precio, deberá complementar la diferencia con la respectiva corrección o reajuste monetario a la fecha en que efectivamente se realice el pago, conforme a las equivalencias que se obtengan del Banco de la República.

El segundo aspecto de la glosa que plantea la demandante, tiene que ver con el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia, que concierne a si los créditos subsisten con los intereses de plazo y moratorios pactados entre las partes, los cuales se deben hasta la fecha de la negociación y a partir del día 23 de julio de 1997 fecha de presentación de la demanda.

Se afirma que no existe claridad sobre si tales intereses son sobre la suma global a que se refiere la sentencia o sobre el valor de los pagarés; de ser lo primero, se ocasionaría perjuicio al demandante, pues se estarían cobrando intereses sobre intereses ya liquidados, además de los honorarios profesionales y otros valores tenidos en cuenta en la transacción o arreglo que dio origen a la dación en pago.

Sobre el punto decide la Sala que al perder vigencia el contrato de tradición en pago y revivir los créditos que constan en los pagarés suscritos por ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C., conjuntamente con el gravamen hipotecario, la liquidación de las citadas obligaciones debe producirse en la forma estipulada al momento de contraerlas. Para el efecto no podrá tomarse como base el valor global de \$82'764.055, determinado en la escritura pública núm. 6.189 de 28 de noviembre de 1996, pues este fue un monto que acreedora y deudora acordaron para perfeccionar la dación en pago y en el que seguramente van incorporados otros conceptos.

237

Pues bien, si la dación en pago perdió efectos en virtud de la rescisión del contrato y como consecuencia revivieron los créditos y su garantía hipotecaria, la liquidación de los mismos debe sujetarse a los parámetros establecidos en los títulos de crédito y en tal sentido será modificada la decisión de primera instancia.

Sin condena en costas en esta instancia por la prosperidad del recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales, en Sala de decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

MODIFICAR la sentencia proferida por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario instaurado por la sociedad ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. frente a la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A.

En consecuencia, los ordinales cuarto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia quedarán así:

CUARTO: En caso de que la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A. optare por persistir en el contrato completando el

justo precio, deberá pagar la diferencia junto con la corrección monetaria hasta el momento en que efectivamente se produzca dicho pago.

SÉPTIMO: En caso de revivir los créditos contenidos en los pagarés 9318 y 9384 suscritos por ATEHORTÚA URIBE Y CÍA. S. EN C. y a favor de la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CALDAS S. A., así como la garantía hipotecaria constituida a través de la escritura pública 1.209 de 16 de marzo de 1994, la liquidación de tales obligaciones deberá realizarse conforme a los términos estipulados en los citados documentos. Para el efecto en nada se tendría en cuenta el monto señalado en la escritura de dación en pago, de acuerdo con lo que ya se expresó en la parte motiva.

238

En esta instancia no hay lugar a condenar en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Anexos Jurisprudenciales

PENAL

TS 2ª, S 02-03-2001 (2001/2959)

Se estima el rec. de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor responsable de un delito de robo con intimidación y uso de armas y otro de tenencia ilícita de armas, y se dicta segunda sentencia absolutoria. La resolución impugnada, declara el TS, no nos explica por qué concedió su crédito a las declaraciones de la víctima. Es ya conocida la doctrina de la Sala que exige en las sentencias penales, particularmente en las condenatorias, lo que venimos denominando motivación fáctica, esto es, que se exprese de modo razonado la prueba utilizada como respaldo de los hechos probados.

239

TS 2ª, S 12-12-2000 (2000/49876)

La Sala desestima el rec. de casación interpuesto por los condenados en la instancia como autores responsables de un delito contra la salud pública, por tráfico de drogas. Es reiterada la doctrina de esta Sala que en interpretación del vicio que se denuncia de falta de claridad tiene declarado que este se integra por los siguientes elementos: a) Que se produzca una cierta incomprensión de lo querido manifestar por el empleo de palabras o frases ininteligibles o por la existencia de omisiones que originan juicios dubitativos. b) Que la incomprensión esté relacionada con los elementos que determinan la calificación jurídica de los hechos. c) Que tal falta de entendimiento origine una laguna o vacío que incida directamente en el fallo, apareciendo este como incomprensible.

TS 2ª, S 04-12-2000 (2000/49843)

La Sala, interpuesto rec. de casación por el MF, declara la nulidad de la sentencia que absolvió al acusado en la instancia del delito contra el deber de prestación del servicio militar que se le imputaba. La radical e insubsanable omisión de los Hechos Probados que orde-

na el art. 142 LECrim. no solo constituye un quebrantamiento de forma, regulado en el art. 851.1 de la Ley Procesal, sino que, además, deja huérfana de contenido la fundamentación jurídica de la sentencia que siempre debe venir referida al relato histórico de los hechos, que configura el presupuesto básico de la subsunción y del fallo. De este modo, la ausencia de Hechos Probados provoca la inexistencia de la premisa primera y fundamental sobre la que se establece el silogismo judicial que la sentencia representa.

AP Málaga, S 09-10-2000 (2000/43317)

240

La AP estima rec. de apelación interpuesto contra sentencia dictada en procedimiento seguido por imprudencia con resultado lesiones. El Tribunal, entre otras consideraciones, declara la nulidad de la resolución recurrida por la manifiesta insuficiencia de los hechos declarados probados por la juzgadora de instancia, que limita su relato fáctico a una lacónica e inocua declaración de que “no resulta acreditado que los hechos relatados en la denuncia fueran realizados por el acusado”, sin explicitar, tal y como viene legalmente obligado, el lugar, los vehículos concretos, los conductores, los propietarios, las aseguradoras, la cobertura obligatoria o voluntaria que cubría los riesgos de los vehículos, la naturaleza y entidad de las lesiones y daños sufridos, la forma concreta de ocurrencia del accidente y, en general, todos aquellos datos exigibles para un correcto enjuiciamiento de los hechos, incluidos los que puedan servir a un órgano jurisdiccional superior para dictar sentencia con un fallo de signo distinto al de la instancia. Además, se confunde la estructura de la resolución, realizándose una serie de razonamientos que son propios de la fundamentación jurídica y que no deben ser entremezclados, precisamente, para que no exista predeterminación del fallo.

AP Valencia, S 16-06-2000 (2000/41191)

Se estima el recurso de apelación interpuesto por los denunciados y se declara la nulidad de la sentencia dictada en juicio de faltas sobre lesiones y daños en colisiones de tráfico y se ordena su devolución para que se proceda a dictar nueva sentencia que contenga valoración concreta y suficiente de la prueba. Señala la Sala ante la supuesta insustantividad de las lesiones sufridas, que debe enten-

derse por tratamiento médico posterior a la primera asistencia toda medida que sobre el cuerpo o con respecto al cuerpo o la mente de un afectado por violencia física haya dispuesto u objetivamente hubiera debido disponer un facultativo de la sanidad para que, actuando con posterioridad al momento de la primera asistencia, remedie o atenúe el menoscabo real que en la salud del atendido persista tras esa asistencia.

AP Tarragona, S 07-04-2000 (2000/16427)

Se estima en parte el rec. de apelación formulado por la acusación particular contra la sentencia que absolvió al acusado de una falta de imprudencia y se declara la nulidad de la misma, pues no existe en ella dato alguno en el *factum* que permita la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, tampoco existe razonamiento sobre la valoración de la prueba, no siendo posible llegar al proceso lógico seguido por el Juez “a quo”. Por tanto, hay una falta absoluta de motivación. Mientras que para entenderse respetado el derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que se exteriorice el fundamento de la decisión que se adoptó, es decir, las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, el proceso lógico jurídico que conduce al fallo.

241

AP Málaga, S 24-01-2001 (2001/1184)

Se declara por la AP haber lugar al rec. de apelación interpuesto por uno de los acusados como autor de un delito de amenazas y de una falta de malos tratos. Considera la Sala que existen dos conductas diferentes, relatadas por el juez “a quo” tanto en el “factum”, como en la fundamentación jurídica, referente a dos personas distintas: una es la que amenaza con la navaja y otra es la que agrede, previa la emisión de insultos, pero no existiendo amenazas, y cuya conducta es constitutiva de falta de malos tratos. A pesar de esa diferenciación de conductas, no se explicita de forma razonada la participación de cada uno de los intervinientes en los hechos, pero de la redacción de los mismos, se deduce que las amenazas solo afectan al otro condenado y no al hoy recurrente.

AP Zaragoza, S 11-01-2001 (2001/327)

La Sala estima el rec. de apelación interpuesto contra sentencia que condenó a la acusada como autora de una falta de coacciones,

y anula la sentencia de instancia. La obligación de motivar las sentencias que el art. 120,3 CE impone a los órganos judiciales, comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales, y determina la necesidad de que dichas resoluciones contengan una motivación suficiente, cuya carencia entraña la vulneración del art. 24.1 CE.

AP Segovia, S 14-12-2000 (2000/59371)

242

La AP declara la nulidad de la sentencia de primera instancia que condenaba al acusado como autor de una falta dolosa. Considera la Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivados de forma bastante, debiendo abarcar, entre otros aspectos, la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas, de tal modo que la motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico permitiendo a un observador saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

TS 2ª, S 19-03-2001 (2001/3158)

El TS desestima rec. de casación interpuesto por el acusado-perjudicado contra sentencia dictada en procedimiento seguido por delito de lesiones. La Sala, entre otras consideraciones, contradice al recurrente en el punto en que denuncia ausencia de motivación de la resolución recurrida, pues en la misma se afirma: “al graduar la indemnización... se tendrá en cuenta la provocación por parte de aquel del hecho enjuiciado por lo que será rebajada en la cantidad que se expresará en la parte dispositiva”. Hubiese sido deseable una mayor explicitación por parte del Tribunal sentenciador, pero no hay falta de motivación. Se hace referencia a que fue el procesado-perjudicado quien inició la agresión y provocó la acción de respuesta. Es claro

que penalmente no se neutralizan ambas agresiones, sino que se sancionan. Sin embargo, es correcta la técnica de compensación en vía indemnizatoria.

TSJ Andalucía (Gra), S 16-03-2001 (2001/1999)

El TSJ desestima el rec. de apelación formulado por el MF contra la sentencia dictada en causa del Tribunal del Jurado que absolvió al acusado de un delito de amenazas. Entre otros pronunciamientos, la Sala considera suficiente la motivación contenida en el veredicto del jurado, conforme a la doctrina del TS que declara que el deber de motivar se cumple en dos fases: una, que exterioriza la realización de una operación crítica de las pruebas para llegar a una convicción sobre los hechos, y otra, que expresa los razonamientos que llevan a la subsunción de los hechos probados en la norma sustantiva aplicable al caso. Los jurados deben explicar las razones por las que han aceptado o rechazado como probados determinados hechos, función que solo corresponde hacerla al mismo, sin que pueda ser suplida “a posteriori” por el Magistrado-Presidente. Pero, tampoco se exige una motivación extensa y pormenorizada, sino una explicación sucinta, concisa, resumida y lacónica, como la realizada en este caso.

243

TS 2ª, S 06-04-2001 (2001/3240)

El TS desestima rec. de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en procedimiento seguido por delito de robo con violencia y falta de lesiones. La Sala, entre otras consideraciones, comprueba que la resolución impugnada sí resolvía todos los puntos objeto de acusación y defensa. Analizando los antecedentes de la causa, resulta que el MF calificó los hechos definitivamente como constitutivos de un robo con violencia y una falta de lesiones. Señaló al imputado como autor del hecho y estimó que no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó que se impusieran dos años de prisión y arresto de tres fines de semana por la falta, así como la correspondiente indemnización. Al manifestar su conformidad con esta nueva calificación de los hechos, la sentencia condena al interesado a las penas solicitadas y de forma escueta da respuesta a todas las cuestiones jurídicas, que se plantearon por la acusación pública, que fue la única parte

que mantuvo tesis o posiciones que merecieran una respuesta del órgano juzgador.

TS 2ª, S 12-03-2001 (2001/3089)

244

El TS estima el rec. de casación interpuesto por uno de los condenados por delito contra la salud pública, casa la recurrida y ordena la devolución de la causa al tribunal de instancia para que, repitiendo las actuaciones al momento del pronunciamiento de la sentencia, dicte otra que exprese cuáles son los hechos probados; cuales, los que vieron los agentes intervinientes y qué sustancias y en qué cantidad le fueron intervenidas. La Sala, entre otros pronunciamientos, declara que el segundo párrafo de la declaración de hechos probados es incomprensible si no se le pone en relación con hechos cuya constancia anterior ha sido omitida, careciendo igualmente de sentido, si antes no se ha determinado la naturaleza y cantidad de las sustancias que a los procesados se intervino, la alusión que se hace en el último párrafo del *factum*. Además, existen contradicciones en los hechos probados y en la fundamentación jurídica. Tales oscuridades, insuficiencias y contradicciones no se resuelven con la sorprendente inclusión en el fallo de datos sobre las drogas intervenidas de los que no hay noticia en los antecedentes de hecho y con los que se quieren sentar las bases para el cálculo de una pena de multa cuya determinación no puede dejarse para ejecución de sentencia. Procede por ello estimar el motivo de quebrantamiento de forma aducido.

CONSTITUCIONAL

TC 2ª, S 13-03-2000 (2000/3180)

EL TC estima el recurso de amparo, al entender que el auto impugnado alteró los motivos esgrimidos en la sentencia de apelación para absolver a los demandados, introduciendo unos nuevos, solapados bajo la aparente corrección de un error aritmético, acogiendo de esta forma irregular las razones de la apelante y demandante ante la jurisdicción civil, y modificando de raíz el fallo absolutorio que constaba fundado en razones diversas aquellas vertidas en la referida sentencia, con lo que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva

sin padecer indefensión en su manifestación del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

TC 1ª, S 29-11-1999 (1999/36642)

Entiende el Tribunal que el auto impugnado, en cuanto dejó sin efecto el auto de aclaración dictado por el JPI por infringir el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, no resulta inconstitucional y es conforme con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido este como “derecho a utilizar aquellos remedios que ofrece la legislación procesal vigente cuando se trata de revisar vicios procesales o situaciones de indefensión, una vez recaída resolución firme.

3. TC 2ª, S 28-09-1998 (1998/30676)

245

El TC estima la demanda de amparo, reconoce el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y anula la sentencia impugnada, dictada en autos de la jurisdicción laboral procedentes de reclamación de cantidad, para que se proceda a dictar otra debidamente motivada. A juicio de la Sala, la sentencia combatida ni razona la apreciación de la excepción de falta de legitimación pasiva, ni indica si fue opuesta por alguna de las partes, ni aclara las razones por las que se condenó a una determinada suma de dinero, sin que el llamado auto de aclaración pueda sanar esa infracción constitucional, ya que no cabe admitir la posibilidad de la expresión diferida de los fundamentos de las Sentencias, puesto que la exigencia constitucional es, concretamente, la de que sean “siempre motivadas” y, evidentemente, no lo serían si se reconoce al órgano judicial la posibilidad de reservar su motivación para cualquier momento ulterior, dilatado en el tiempo y posterior a su notificación e incluso a la interposición de los recursos procedentes.

TC 2ª, S 26-02-2001 (2001/1371)

Se promueve recurso de amparo en el que el recurrente alega que las resoluciones judiciales que acordaron su privación de libertad de forma insuficientemente motivada, vulneraron su derecho a la libertad personal. El TC considera efectivamente que las resoluciones judiciales impugnadas son contrarias al art. 17,1 CE, al haberse confirmado la medida cautelar de prisión provisional sin precisar si esta

medida sigue cumpliendo la finalidad que constitucionalmente la justifica, y al no exteriorizar las razones que podían avalar la existencia de riesgo de fuga como tampoco la concurrencia de peligro de reiteración delictiva. Por todo ello, el Tribunal otorga el amparo solicitado.

TC 2ª, S 26-02-2001 (2001/1367)

Se interpone recurso de amparo por dos asistentes sociales que al ver minorados los complementos correspondientes a sus puestos de trabajo debido a un traslado a centro del grupo inferior, interpusieron recurso de súplica, inadmitido por autos del TSJ fundamentándose en que la cuantía de lo reclamado no alcanzaba el mínimo establecido en la LPL. El TC estima que ninguna vulneración de los derechos alegados se produce. Así entiende, entre otras consideraciones, que la resolución recurrida supera el control externo de error material y no arbitrariedad o irrazonabilidad lógica, así como el de la motivación, al apreciarse la “ratio decidendi” de la inadmisión.

Bibliografía General

Aarnio Aulis, 1991, LO RACIONAL COMO RAZONABLE, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alchourron, Carlos E., y Bulygin, Eugenio 1974, INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, Editorial Astrea, Bs. As.

Alexy, Robert, 1989, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

———. 1993, TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, traducción de Ernesto Garzón Valdez y Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

———. 1993, LA IDEA DE UNA TEORÍA PROCESAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, en Derecho y Razón Práctica, Distribución Fontamara S.A., México D. F.

———. 1993, DERECHOS, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y DISCURSO RACIONAL, en Derecho y Razón Práctica, Distribuciones Fontamara S. A., México D. F.

Aragón, Manuel, 1986, LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CARÁCTER OBJETIVADO DEL CONTROL JURISDICCIONAL, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año, No. 17.

Atienza Manuel, 1985, INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Editorial Barcanova, Barcelona.

———. 1992, RAZÓN PRÁCTICA Y LEGISLACIÓN, en Revista de Estudios Parlamentarios, México D. F.

———. 1993, LAS RAZONES DEL DERECHO, Teorías de la Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS, en Revista ISONOMÍA No., Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

_____. 1994, ROBERT ALEXY: TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 17, Madrid.

Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, 1993, MARXISMO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO, Ed. Fontamara, México D. F.

_____. 1996, LAS PIEZAS DEL DERECHO: TEORÍA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS, Editorial Ariel, S. A., Barcelona.

Calsimiglia, Albert, 1993, INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y CRÍTICA JURÍDICA, en Racionalidad y Eficiencia del Derecho, Distribuciones Fontamara S. A. México D. F.

Ferrater Mora, J., 1994, DICCIONARIO DE FILOSOFÍA, Editorial Ariel S. A., Barcelona.

Garzón Valdez, Ernesto, 1989, MERCADO Y JUSTICIA, en Revista ISONOMÍA No. 2.

Guastini, Ricardo, 1989, KELSON Y MARX, en El otro Kelsen, Óscar Correas Editor, UNAM, México D. F.

Hassemer, Winfried, y Kauffman, A., 1992, EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO, Editorial Debate, Madrid.

Kauffman, A., 1992, FILOSOFÍA DEL DERECHO, TEORÍA DEL DERECHO, DOGMÁTICA JURÍDICA, en El Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Editorial Debate, Madrid.

Laurenz, Karl, 1980, METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO, Ariel, Barcelona.

León Gómez, Adolfo, 1998, ARGUMENTACIÓN, Actos lingüísticos y lógica jurídica. Editorial Universidad del Valle.

Nino, Carlos Santiago, 1980, CONSIDERACIONES SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA, UNAM, México D. F.

Perelman, Chaim, 1977, EL IMPERIO RETÓRICO, retórica y Argumentación, Editorial Norma.

Raz, Joseph, 1991, RAZON PRÁCTICA NORMAS, traducción Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Rentham, J., 1990, FALACIAS POLÍTICAS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Ruiz Manero, Juan, 1990, JURISDICCIÓN Y NORMAS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Salaverría, Juan Igartua 1999, EL CASO MAREY. Presunción de Inocencia y Votos Particulares. Editorial Trotta.

Weston, Anthony, 1998, LAS CLAVES DE LA ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. S. A.

Wróblewsky, J., 1992, CONSTITUCIÓN Y TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, Editorial Civitas S. A.



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Diagonal 22B 67-70
Bogotá, D.C., Colombia

