

ELEMENTOS RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

*Fabio Enrique Pulido Ortiz**
Universidad Católica de Colombia

Resumen: En la práctica jurídica colombiana de los últimos años se ha desarrollado un especial interés por el estudio de la jurisprudencia como fuente de derecho. Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia se ha visto afectado por la falta de claridad sobre los elementos propios del derecho de origen judicial y sus diferencias con el derecho legislado tanto en aspectos teóricos como metodológicos. En este artículo se presentan, a la luz de factores teóricos y prácticos, los elementos jurisprudenciales relevantes que deben ser tenidos en cuenta para el correcto análisis de las sentencias de la Corte Constitucional. Para ello (1) se describen los asuntos comunes a la discusión en torno a la creación judicial del derecho y se delimita el problema preciso al que se enfrenta el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como fuente de derecho; definido lo anterior, (2) se presentan los asuntos que conoce la Corte Constitucional identificando sus componentes principales. Por último, y de acuerdo con las características propias del derecho de origen judicial (punto 1) y los componentes propios de los asuntos que conoce la Corte Constitucional (punto 2), se identifican los elementos relevantes para el análisis de las sentencias de dicho tribunal de justicia.

Palabras clave: Fuentes del derecho, jurisprudencia, control constitucional.

Abstract: In recent years, the study of jurisprudence has gained a special interest in both Colombian legal practice and Colombian legal research. Nevertheless, the jurisprudence study has been affected by the lack of clarity about the elements of a

* Docente-investigador de la Universidad Católica de Colombia, candidato a Master en Derecho de la Universidad de Palermo. Especialista en Derecho Constitucional de la misma universidad. [fepulido@ucatolica.edu.co].

Recibido: 1.º de agosto de 2008, revisado: 22 de septiembre de 2008, aprobado: 6 de octubre de 2008.

judicial based Law and their differences with the statutory Law taking into account theoretical aspects as much as methodological ones.

This article introduces the relevant jurisprudence elements that must be considered for a correct analysis of the Constitutional Court's decisions, from theoretical and practical points of view. In order to do that, (1) the common issues related to the discussion about the judicial based Law are described and the problem that faces the study of the Constitutional Court jurisprudence as a source of Law is limited. Once the previous point is defined, (2) the article introduces the issues known by the Constitutional Court and identifies its main components. Lastly, according with the proper features of the judicial based Law (part 1) and the issues known by the Constitutional Court (part 2) the article identifies the relevant elements in order to analyze the decisions of such a Court.

Keywords: Sources of Law; Jurisprudence; Constitutional Control.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia como fuente del derecho viene siendo un asunto de particular preocupación para las investigaciones jurídicas actuales en Colombia. Se ha estudiado, entre otros temas, sobre las características de la creación judicial del derecho (ACERO, 2000), la fundamentación del carácter vinculante de la jurisprudencia (BERNAL PULIDO, 2006) y el lugar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes (BERNAL PULIDO, 2006, y LÓPEZ, 2006). Dentro de las dificultades que genera la jurisprudencia como fuente de derecho es especialmente importante la referida a la identificación de las normas jurídicas generales de origen judicial. A diferencia del derecho legislado, las normas generales de origen judicial no son fáciles de identificar. Es así como incluso en el *common law*, donde la jurisprudencia como fuente de derecho actúa naturalmente, el asunto sobre la identificación del derecho judicial, o lo que es lo mismo, la identificación de la norma jurídica establecida en el precedente ha sido particularmente problemático (GOODHART, 1930).

En el derecho colombiano el problema de la identificación de las normas jurídicas de origen judicial ha surgido como inevitable consecuencia de la creciente importancia que se ha dado a la jurisprudencia como fuente de derecho. Este hecho es especialmente relevante en el derecho constitucional por la importancia de las decisiones del tribunal de constitucionalidad en el desarrollo de la práctica constitu-

cional dada su condición de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. En este sentido, en los últimos años han surgido diferentes diseños metodológicos para la identificación de las normas de origen judicial, como la ya famosa técnica de elaboración de líneas jurisprudenciales defendida por DIEGO LÓPEZ (2006).

La elaboración de líneas jurisprudenciales ha sido el diseño metodológico dominante en las investigaciones jurisprudenciales de los últimos años; sin embargo, y sin negar la importancia de dichas experiencias, existen otros diseños y técnicas para identificar del derecho de origen judicial. Así, para la identificación de las normas jurídicas vinculantes establecidas en las sentencias de la Corte Constitucional se han implementado prácticas específicas, como la propuesta por J. LANCHEROS para identificar las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con los procedimientos legislativos (LANCHEROS, 2008).

Este artículo es el resultado de un estudio adelantado en la Universidad Católica de Colombia¹ donde se elaboran los sustentos teóricos del análisis individual (elaboración de fichas) de las sentencias de la Corte Constitucional y se presentan los elementos jurisprudenciales relevantes que deben contener los análisis jurisprudenciales de acuerdo con las particularidades del derecho constitucional de origen judicial y las características generales de las sentencias que profiere la Corte Constitucional.

Por último, vale la pena precisar que determinar los elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional es un asunto de suma importancia para la consistencia teórica y metodológica de investigaciones y trabajos que buscan elaborar síntesis de reglas jurisprudenciales o desarrollar bases de datos jurisprudenciales como los que se han venido adelantando en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

¹ El estudio se desarrolló en el marco del proyecto de investigación docente “Doctrina judicial vinculante de la Corte Constitucional colombiana: jurisprudencia de los magistrados HUMBERTO SIERRA PORTO, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y NILSON PINILLA PINILLA”, código PIC_176_D.

II. METODOLOGÍA

En este artículo se presentan los sustentos teóricos del análisis individual de las sentencias de la Corte Constitucional y se presentan los elementos relevantes o principales que deben tenerse en cuenta para el correcto análisis de tales sentencias. Para ello se siguieron las siguientes etapas: (1) Precisiones en torno al problema de la creación judicial del derecho; (2) Identificación de las características y diferencias en las sentencias de la Corte Constitucional, y (3) Conclusión sobre los elementos jurisprudenciales relevantes.

En la primera etapa se identificaron los diferentes problemas que puede implicar la creación judicial del derecho, el asunto para precisar el ámbito en el cual se enmarca la investigación sobre las normas jurídicas de origen judicial. En otras palabras, se clarificó la pregunta: ¿los jueces crean derecho? Para ello se siguió el análisis que hace varios años hizo CARRIO (1972), quien concluyó que el asunto está afectado por las ambigüedades de las palabras “jueces”, “crean” y “derecho”, de donde pueden surgir diferentes enunciados según el sentido que demos a cada una de ellas. Así, por “jueces” nos podemos referir a (1) cada uno de los jueces, (2) todos los jueces o (3) algunos jueces. “Creación” puede implicar (1) los jueces siempre crean o (2) los jueces crean dadas ciertas circunstancias o condiciones. Por último, por “derecho” podemos entender (1) normas jurídicas individuales, (2) normas jurídicas generales obligatorias, (3) normas jurídicas generales optativas, o (4) criterios auxiliares de interpretación.

Posteriormente se estudiaron las particularidades de los dos tipos de sentencias (según el tipo de proceso) que dicta la Corte Constitucional colombiana: sentencias de constitucionalidad (sentencias tipo “C”) y sentencias de tutela (sentencias tipo T o S. U.) para, en concordancia con las tesis más conocidas sobre la identificación del derecho de origen judicial y lo observado en el primer punto, establecer cuáles deben ser los elementos jurisprudenciales relevantes para identificar correctamente el derecho de origen judicial elaborado por la Corte Constitucional.

III. RESULTADOS

1. En la creación judicial del derecho se pueden identificar, por lo menos, dos fenómenos diferentes: (1) La creación de normas individua-

les y (2) La creación de normas generales. Las primeras están dadas en los fallos de los jueces al resolver asuntos concretos y reales con efectos interpartes. Las segundas, cuando, para poder fundamentar sus fallos, los jueces crean normas jurídicas que superan las indeterminaciones del derecho causadas por los problemas lingüísticos y lógicos o para superar problemas en justicia de las mismas. Otro asunto es el de la obligatoriedad general de las normas jurídicas creadas por los jueces, es decir, si las normas que crean los jueces son obligatorias para otros operadores jurídicos. En el sistema jurídico colombiano se ha establecido que las normas jurídicas generales creadas por los órganos de cierre son vinculantes, de manera que deben contar en el razonamiento jurídico de los operadores.

2. La Corte Constitucional (órgano de cierre de la jurisdicción constitucional) dicta dos tipos de sentencia según el asunto que la Constitución le ha encomendado: sentencias de constitucionalidad (sentencias C) y sentencias de tutela (sentencias T y sentencias S. U.). En los asuntos que conoce la Corte Constitucional se observan los siguientes elementos principales:

a. Sentencias de constitucionalidad:

i. Identificación del legislador. Se precisa si la cuestión puede ser entendida como competencia del legislador genérico o si, por el contrario, el asunto debe ser analizado desde el punto de vista del legislador ordinario (Congreso) o extraordinario (Presidente).

ii. Acto normativo. Identificación del acto normativo demandado o revisado. Se refiere al contenido de una norma demandada o revisada de oficio, a una determinada interpretación de la misma o a la forma en que fue creada.

iii. Norma constitucional. El acto normativo se juzga a la luz de una norma constitucional. En este sentido se debe identificar a la luz de cuál norma de orden constitucional se juzga el contenido normativo.

b. Sentencias de tutela:

i. Asunto de fondo. La Corte juzga si determinada actuación u omisión de una autoridad viola o amenaza un derecho fundamental.

1. Autoridad demandada. La acción de tutela procede contra toda acción de autoridades que violen o amenacen derechos fundamentales. Las autoridades pueden ser públicas o privadas.

2. Actuación de la autoridad. Se refiere a las circunstancias fácticas en que presuntamente se vulnera o amenaza el derecho fundamental

3. Derecho fundamental.

3. Como elementos necesarios para el correcto análisis de las sentencias de la Corte Constitucional según las particularidades de los procesos que se surten ante esta corporación y según las particularidades y problemas propios de la identificación del derecho judicial, se encontraron los siguientes:

a. Hechos relevantes. Para identificar los hechos relevantes se deben seguir las siguientes guías:

i. Los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son irrelevantes salvo que el juez los tome como relevantes.

ii. Los hechos que el juez califica (implícita o explícitamente) como relevantes o irrelevantes deben tenerse como tales.

iii. Debe prestarse particular atención a los supuestos de hecho establecidos en las reglas constitucionales. En otras palabras, el punto i sirve de guía salvo que los supuestos de hecho de la norma constitucional consagren como relevantes tales asuntos.

iv. En el marco de los asuntos que conoce la Corte Constitucional los hechos relevantes son un factor de especial importancia para los asuntos de tutela, mientras que para los de constitucionalidad no, salvo los asuntos por violación de las formas y el procedimiento.

v. En los asuntos de tutela se deben identificar los supuestos para la configuración del caso, es decir, el tipo de autoridad, las acciones u omisiones de la misma y la situación de la persona en relación con la autoridad.

b. Problema jurídico. Se refiere al asunto real y específico que decide el juez. El problema jurídico está determinado por el tipo de proceso judicial en el cual se enmarca la decisión. Los problemas jurídicos se deben elaborar según los elementos de tal asunto que conoce la Corte Constitucional.

i. Problemas en las sentencias tipo "C": deben ser formulados en términos de indagación de reglas, vale decir, preguntándonos por el carácter deóntico de la regla, o sea, por lo que está prohibido, permitido, facultado u obligado según el caso. De esta manera los elementos

de los problemas deben ser formulados de manera que se indague si el legislador (L), al establecer la norma (n), viola la norma constitucional (nc)². De esta manera los elementos del problema jurídico constitucional son:

1. Identificación del legislador, en el sentido de si puede ser formulado como un problema de legislador genérico o debe ser especificado en el ordinario (Congreso) o extraordinario (Presidente).

2. Enunciado normativo legal o actuación en el proceso de elaboración de los mismos demandados.

3. Identificación de la norma constitucional a la luz de la cual se realiza el juicio de constitucionalidad.

ii. Problemas jurídicos en las sentencias tipo “T” y “S. U.”. Se deben incorporar las particularidades de tales asuntos. Como dijimos, el asunto principal o de fondo consiste en establecer si una autoridad (A), con la acción u omisión (H), viola el/los derecho/s fundamentales (F) de la persona (P).

1. Autoridad. Se identifica la persona o entidad que presuntamente viola un derecho fundamental.

2. Acción u omisión. Se precisa a la luz de los hechos relevantes la actuación u omisión de la autoridad.

3. Derecho fundamental. Se precisa cuál derecho fundamental estudia la Corte.

4. Persona. Se identifican la calidad de la persona en relación con la entidad (p. ej., pensionado, afiliado a sistema de salud) o la situación de vulnerabilidad (p. ej., desplazado, anciano, mujer cabeza de familia).

c. Regla del caso. Consiste en la identificación de la regla que el juez efectivamente aplica para resolver el problema jurídico que se le plantea. De esta manera, la regla es la respuesta afirmativa o negativa al problema identificado. En el caso de las sentencias de constitucionalidad, la regla deberá ser: el legislador (L), al establecer la norma (n), viola o no viola (según el resultado) la norma constitucional (nc). En el caso de las acciones de tutela, la regla precisa: la autoridad (A),

² Esta formulación de los problemas jurídicos constitucionales fue elaborada por LANCHEROS (2008).

con la acción u omisión (H), viola o no viola (según el resultado) el/ los derecho/s fundamentales (F) de la persona (P).

d. Razones de la regla. Las razones de la regla están constituidas por los argumentos elaborados en la parte considerativa de la Corte que muestran el “por qué” de la regla. Este será el asunto más controvertido e interpretativo del análisis. Su extensión será de especial importancia para la generalidad de la regla pues, siguiendo a SCHAUER (2004), las razones que manifiesta expresamente el juez en la sentencia determinan el grado de generalidad de la norma jurídica establecida en la sentencia. Las razones de la decisión deben ser todas aquellas que justifican la respuesta al problema planteado. En todo caso, para evitar excesivas generalizaciones se deben evitar teorizaciones, definiciones y explicaciones, pues las razones deben estar en función de la operatividad de la regla más que en su definición conceptual de los elementos de la misma. En definitiva, en esta parte, para el caso de las sentencias de constitucionalidad, se deben precisar las razones por las cuales el legislador (l) puede o no puede proferir la norma (n), sin violar la norma constitucional (nc), y, en el caso de las sentencias de tutela, se debe precisar por qué la autoridad (A), con la acción u omisión (H), viola o no viola el derecho fundamental (F) de la persona (P).

IV. DISCUSIÓN

La discusión sobre la creación judicial del derecho ha sido de particular importancia para la práctica y teoría jurídica del último siglo, llegando a desarrollarse en torno a este asunto diferentes líneas de discusión, como el debate HART-DWORKIN y la disputa entre enfoques constructivistas y críticos³. Sin negar la importancia de estos debates (y otros de similar alcance), entiendo que el problema y sus respuestas se han visto perjudicados por la falta de claridad o precisión del punto de partida de la discusión. Para explicar las razones de esta última afirmación son útiles las observaciones hechas hace varios años por CARRIO (1972). Este autor parte del análisis de la pregunta: ¿los jueces crean derecho? Observa el autor, como ya se recordó, que la pregunta está esencialmente perjudicada por la ambigüedad de las

³ Para una revisión general del problema cfr. RODRÍGUEZ (1997) (1999).

palabras que la conforman. Es así como debe precisarse a qué nos referimos por “jueces”, “crean” y “derecho”. De esta manera, por jueces podemos entender por lo menos (1) cada uno de los jueces, (2) todos los jueces o (3) algunos jueces. Por su parte, por “creación” se pueden predicar al menos las siguientes afirmaciones: (1) los jueces siempre crean o (2) los jueces crean dadas ciertas circunstancias o condiciones. Por último, por “derecho”, nuevamente, entre otros posibles significados, podemos entender (1) normas jurídicas individuales, (2) normas jurídicas generales obligatorias o (3) normas jurídicas generales optativas. De la combinación de dichas acepciones pueden resultar diferentes asuntos, como los siguientes: (1) todos los jueces crean normas jurídicas individuales, (2) todos los jueces, dadas ciertas condiciones, crean normas jurídicas generales, y (3) algunos jueces, dadas unas condiciones, crean normas jurídicas generales vinculantes⁴. En las siguientes líneas se explica cada una de estas acepciones para concluir, entonces, en cuál nos centramos para la identificación del derecho judicial.

1. Todos los jueces crean normas jurídicas individuales. La principal función de los jueces es resolver problemas jurídicos particulares. Las respuestas que den los jueces son de obligatorio cumplimiento. En este sentido, no debe existir mayor discusión en torno a que los jueces, como función natural, crean normas jurídicas individuales en sus sentencias, y particularmente en el “resuelve” de las mismas (AGUILO, 2000). Es así como ya desde KELSEN (1999) se ha entendido que las normas (expresiones que correlacionan un caso con una solución) pueden ser generales o individuales. Por normas generales debe entenderse aquellas que correlacionan un caso genérico con una solución genérica. Las normas individuales correlacionan un caso concreto con una solución concreta. En este sentido las normas generales se refieren a casos y soluciones hipotéticas, mientras que las normas individuales se refieren a soluciones reales. En desarrollo de lo anterior, KELSEN defendió que las sentencias son las normas jurídicas individuales típicas.

⁴ Se debe precisar que la estructura analítica fue la elaborada por CARRIO (1965). Sin embargo, las variables que se explican sobre las acepciones de la pregunta “¿los jueces crean derecho?” están en función del presente escrito.

En todo caso, como correctamente observa BULIGYN (2005), la tesis según la cual las sentencias judiciales son normas jurídicas es, por lo menos, incompleta. Las sentencias son una entidad normativa compleja que se compone de una parte resolutive que da respuesta al problema jurídico concreto y de una parte motiva o considerativa que expone las razones que justifican la respuesta. Es así como podemos aceptar, con reparos⁵, que la parte resolutive es una norma individual, pero lo mismo no se puede predicar de la parte motiva de las sentencias, como se concluye en el siguiente punto. Por último, se debe precisar que las sentencias judiciales que realizan un control abstracto⁶ de normas jurídicas no crean normas jurídicas individuales, sino, por el contrario, normas generales; de ahí que se reconozca que dicho tipo de sentencias tienen efecto *erga omnes*.

2. Todos los jueces, dadas ciertas condiciones, crean normas jurídicas generales. Se dijo que la función principal de los jueces es dar respuesta en sus fallos a problemas jurídicos. También se observó que para ello deben justificar la respuesta en la parte motiva de las sentencias. El derecho moderno ha pretendido que los jueces siempre decidan los casos según normas jurídicas preexistentes. Así, las teorías formalistas identificaron la función judicial con un razonamiento deductivo como único método de interpretación, y la caracterización del juez como un funcionario autómatas sin posibilidad de ejercer funciones creativas de derecho implica un sistema de normas completo y coherente donde los jueces solo debían identificar la norma jurídica preexistente que soluciona los problemas jurídicos mediante un simple proceso de subsunción. Sin embargo, desde hace tiempo

⁵ La conclusión según la cual el “resuelve” de las sentencias son normas individuales tiene límites. Primero, como lo observa BULYGIN (2005), no es claro que las normas individuales puedan considerarse como normas, toda vez que por norma parece requerirse generalidad por lo menos respecto del destinatario, por lo que sería mejor denominar la parte resolutive de las sentencias mandato o disposición. Por otra parte, como se verá mas adelante, las sentencias de constitucionalidad abstracta (o cualquier tipo de decisión judicial que decida asuntos abstractos) no contienen en su “resuelve” normas individuales sino generales, dados sus efectos *erga omnes*.

⁶ En el derecho colombiano, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional que realizan el control de constitucionalidad de las leyes y actos legislativos, y las del Consejo de Estado que resuelven las acciones de nulidad abstracta.

se evidenciaron los problemas que presenta este modelo⁷, pues se ha demostrado que por medio de los argumentos de coherencia y completitud, como presupuestos aparentemente lógicos y necesarios de los sistemas jurídicos, los actores jurídicos atribuyen diferentes soluciones originales al derecho, camuflando bajo una pretendida descripción del derecho positivo las verdaderas razones que fundamentan las decisiones (NINO, 1987). Por ello, la pretendida coherencia y completitud del derecho fracasa ante la naturaleza indeterminada del lenguaje normativo, que en lugar de asegurar los postulados de certeza y seguridad jurídica produce resultados insatisfactorios, “pues las decisiones judiciales no son congruentes con las expectativas y el sentimiento de justicia de los asociados” (UPRIMNY, 1997, p. 131).

Se ha reconocido que el lenguaje normativo adolece de indeterminaciones causadas por las ambigüedades, vaguedades e imprecisiones de las palabras y oraciones, y por las contradicciones, redundancias y lagunas en el conjunto de normas jurídicas⁸. Además, con el surgimiento de constituciones ricas en principios y derechos se crean indeterminaciones aún más profundas, que autores como DWORKIN (1989; y WALDRON, 1994) denominan “conceptos esencialmente controvertidos” (*essentially contested concepts*). Estas indeterminaciones se presentan al incorporarse, principalmente, en los textos constitucionales cláusulas excesivamente abstractas sólo expresables en conceptos que admiten diversos significados⁹ (DWORKIN, 1989). Incluso,

⁷ Hace más de cien años el realismo jurídico denunció las falacias de la coherencia lógica del derecho (CUETO RUA, 1997). El propio KELSEN (1999) criticó el modelo dogmático al considerar la norma jurídica como un marco abierto a diferentes posibilidades interpretativas, el cual, por lo tanto, no conduce necesariamente a una solución única.

⁸ Sobre las indeterminaciones en los sistemas jurídicos, cfr. CARRIO (1972), ALCHOURRON y BULYGIN (1974), NINO (1987) y WALDRON (1994).

⁹ En su mayoría, los principios, valores y derechos constitucionales se apoyan en conceptos esencialmente indeterminados. Estos conceptos aparecen cuando es claro que una norma constitucional expresa un criterio, pero hay personas que están en desacuerdo acerca de cuál es su contenido específico. Los conceptos esencialmente controvertidos se presentan cuando: (1) La disputa por su significado no sólo corresponde a casos marginales, sino que los propios casos paradigmáticos son discutidos; (2) La controvertibilidad forma parte del concepto, y

existen otro tipo de indeterminaciones causados por la brecha que se genera entre la norma (como expresión lingüística) y la realidad, lo que lleva a la necesidad de que los jueces al aplicarlas exploren estrategias para reducir dicha brecha¹⁰.

Ahora bien, mediante los diferentes métodos de interpretación de las normas jurídicas los jueces deben superar las indeterminaciones y elaborar una regla que sirva de premisa mayor para resolver los problemas jurídicos que se les presentan (NINO, 1992). El proceso de la toma de decisiones, entonces, requiere como condición necesaria la utilización de una premisa mayor de carácter universal, bien sea preexistente en los “casos fáciles”¹¹ o creada¹² por el propio juez ante la indeterminación del derecho. En todo caso, cuando los jueces crean la premisa mayor se supone que tal premisa debe ser universalizable de manera que exija resolver del mismo modo los casos iguales al ya decidido. En palabras de ALEXY, esto implica un compromiso por la universalidad: “Si se aplica un predicado ‘F’ a un hecho ‘A’ se debe estar dispuesto a aplicar ‘F’ a cualquier otro hecho igual a ‘A’ en todos los aspectos relevantes” (1989, p. 185).

En conclusión, todos los jueces en circunstancias de indeterminación del derecho crean normas jurídicas generales¹³ (por el com-

(3) El desacuerdo en la aplicación del concepto es indispensable para su utilidad (FERRERES COMELLA, 1997).

¹⁰ Por ejemplo, ACKERMAN (1991) explica que en determinados momentos (*higher lawmaking*) de evolución política los jueces deben interpretar la excepcionalidad de los momentos y apartarse de las normas jurídicas preexistentes.

¹¹ Sobre la constitucionalización de la interpretación judicial y las características de la labor interpretativa, cfr. GUASTINI (2007).

¹² Este punto ha sido el meollo del debate HART-DWORKIN: para el primero, la actividad creativa es arbitraria, mientras para el segundo debe responder a preceptos de moralidad política. En el mismo sentido cfr. la discusión entre BULGYN, ATRIA, MORESO, RODRÍGUEZ y RUIZ MANERO (2005).

¹³ Con la judicialización de constituciones llenas de conceptos esencialmente indeterminados, la interpretación jurídica responde cada vez más al modelo de los “casos difíciles”, donde no es evidente o automática la respuesta a los problemas jurídicos, más aún si se concluye, siguiendo a DWORKIN (1997; 1999), que, quiérase o no, la lectura de la Constitución es una lectura moral. O como constitucionalización del derecho. Estas circunstancias nos llevan a pensar que en el ejercicio interpretativo lo excepcional es la aplicación automática y lo general es

promiso con la universalidad) para poder justificar la decisión que toman. Ahora bien, en el siguiente punto se mostrará cómo las normas jurídicas que crean algunos jueces tienen un valor especial en el razonamiento jurídico.

3. Algunos jueces, dadas ciertas condiciones, crean normas jurídicas generales obligatorias. Como se dijo, los jueces, ante las indeterminaciones del derecho, deben crear normas jurídicas que sirvan de premisa mayor para la resolución de los casos. Ahora bien, con la proliferación de conceptos controvertidos y la constitucionalización del derecho, los jueces (y los actores jurídicos en general) pueden crear diferentes normas jurídicas al superar las indeterminaciones. Así las cosas, se hacen necesarios diseños institucionales que garanticen la coherencia en el desarrollo de la práctica jurídica. Uno de ellos consiste en el establecimiento de tribunales de justicia encargados de definir las discusiones interpretativas con autoridad de órganos de cierre. Como lo recuerda UPRIMNY (1997), al aceptarse que una decisión judicial no es un juicio hipotético-deductivo, es necesario establecer esquemas institucionales con el fin de evitar las incoherencias que se presentarían ante la variedad de interpretaciones autorizadas de una misma disposición, y con ello garantizar la seguridad jurídica y el desarrollo coherente de la práctica constitucional.

Como se dijo, el razonamiento judicial requiere como condición necesaria la utilización de una premisa universal que exige resolver del mismo modo los casos iguales al ya decidido. La universalidad se presenta como condición necesaria para garantizar la igualdad formal, la cual supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados igual, de tal manera que si un juez no aplica el precedente de un primer caso, trataría de manera distinta al titular del derecho afectado en el segundo caso respecto del titular del primero en donde se creó el precedente. En consecuencia, el juez que decide sobre un caso semejante a otro ya decidido está obligado a resolverlo de la misma forma, pues de ello depende el respeto por el

la creación; el problema será entonces diferenciar la creación arbitraria de la legítima. Incluso, autores del nuevo realismo americano (como los *critical legal studies*) defienden que el derecho es esencialmente indeterminado debido a su utilidad para determinados fines políticos. Sobre el particular, cfr. RODRÍGUEZ (1999) y KENNEDY (1999; 2006).

derecho a la igualdad y la garantía de coherencia en el ordenamiento jurídico. Se ha reconocido, por lo tanto, que en el caso de decisiones judiciales con presupuestos fácticos similares y respuestas incompatibles se presenta una evidente injusticia que debe ser corregida (BOBBIO, 1999). En consecuencia de las dos premisas explicadas (la necesidad y el valor de los órganos de cierre), las normas jurídicas creadas por los órganos de cierre son vinculantes, por lo que deben explicar el sentido de los demás actores jurídicos. Parece entonces necesario establecer un sistema de precedentes como mecanismo para evitar aquella injusticia, o lo que es igual, para asegurar la igualdad formal en la toma de decisiones judiciales. Es así como en los sistemas jurídicos contemporáneos se establece un diseño judicial donde algunos jueces (los órganos de cierre), ante la indeterminación del derecho, crean normas jurídicas generales y vinculantes para todos los operadores jurídicos.

En Colombia, la vinculatoriedad de las decisiones de los órganos de cierre ha sido un asunto de especial preocupación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el debate académico. El tema puede diferenciarse según se hable de las sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional o por los de la ordinaria (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura).

Las sentencias de la Corte Constitucional son de constitucionalidad abstracta o de tutela. La fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad abstracta se fundamenta en el artículo 243 C. P., en donde a éstas se les conceden efectos *erga omnes*. Dados estos efectos, es obligatorio para todos los operadores jurídicos seguir la jurisprudencia de la Corte Constitucional. No existe duda de que el “resuelve” de las sentencias de constitucionalidad tiene efecto *erga omnes* (norma general y obligatoria). El problema ha consistido en determinar qué parte de la sentencia tiene dicha condición. En otras palabras, el problema consiste en determinar la forma como se identifica la norma general creada por la Corte Constitucional para resolver sobre la exequibilidad de un acto normativo con rango de ley. Para resolver este problema, la Corte Constitucional ha distinguido entre cosa juzgada explícita e implícita. La cosa juzgada explícita se refiere a la decisión comprendida en la parte resolutive de la respectiva decisión de la Corte, o sea en la decisión precisa de declarar constitucional o incons-

titucional la respectiva norma en estudio. Por su parte, la cosa juzgada implícita se refiere a aquellos apartes de las consideraciones de la Corte que constituyen la razón de la decisión y que guardan unidad de sentido con la parte resolutive de la sentencia¹⁴. En conclusión, constituyen precedente constitucional la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad abstracta (cosa juzgada explícita) y las razones que guardan relación de sentido con ella (cosa juzgada implícita).

El desarrollo de la vinculatoriedad de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional ha sido todavía más problemático, dadas las características de la acción de tutela como mecanismo de justicia constitucional concreta con efectos, en principio, *interpartes*. En efecto, como sucede con el problema planteado en el contexto del *common law*, el problema consiste en determinar cómo las decisiones particulares de los jueces, relativas a partes y casos particulares, pueden ser empleadas en la construcción de reglas aplicables de manera general (ITURRALDE SESMA, 1995). En la sentencia C-037 de 1996, la Corte estableció que las sentencias de la Corte Constitucional por medio de las cuales se revisan las sentencias de acción de tutela, “sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”. De esta manera se estableció que las decisiones de tutela emitidas por la Corte Constitucional deben entenderse de manera tal que el efecto *interpartes* de las sentencias de tutela se limite en exclusiva a la resolución concreta del caso, mientras que la razón constitucional en que se fundamentó el resultado tiene fuerza gravitacional respecto de los demás casos que sean planteados y que sean fácticamente similares al ya decidido por la Corte¹⁵. Así, el juez debe seguir el precedente constitu-

¹⁴ Cfr. sentencia C-131 de 1993. Se puede afirmar que la diferencia entre cosa juzgada implícita y explícita es la misma que existe entre *ratio decidendi* y parte resolutive; de esta manera, lo que aquí se ha denominado contenido meramente indicativo correspondería al *obiter dictum* (estos conceptos se precisarán más adelante). En otras palabras, la cosa juzgada implícita es la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad.

¹⁵ Sobre el concepto de fuerza gravitacional, cfr. DWORKIN (1989) y LÓPEZ (2006).

cional, salvo en caso de que pueda justificar el tratamiento diferencial que pretende otorgar (LÓPEZ, 2006). De lo contrario, si no verifica el precedente constitucional con fuerza gravitacional y no manifiesta las razones del cambio, el juez viola la igualdad de trato prescrita por el artículo 13 C. P.

Por otra parte, el valor de los precedentes en la jurisdicción ordinaria fue tratado por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001. En ésta concluyó que la doctrina del precedente judicial referido a las sentencias de tutela es aplicable igualmente a la jurisprudencia de los órganos de cierre de esa jurisdicción, por las mismas razones y condiciones, es decir, por la misión encargada a estos órganos de unificar la jurisprudencia ordinaria y por la obligación que tienen los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato.

En definitiva, las normas jurídicas que crean los órganos de cierre son obligatorias¹⁶. Sin embargo, el problema consiste en determinar el método para identificar tales normas. Para ello, se deben identificar las particularidades de las sentencias que se profieren en las distintas jurisdicciones. Como se dijo, este trabajo muestra cuáles son los elementos relevantes para la identificación de las normas jurídicas desarrolladas por la Corte Constitucional como órgano de cierre de

¹⁶ Se debe aclarar que en el sistema jurídico colombiano existe un “sistema flexible de precedentes” (LÓPEZ 2006). La flexibilidad del sistema del precedente es preservada por la relativa libertad con que los tribunales pueden y a menudo determinan el fin y los límites de los precedentes pasados, y si los aplican a las nuevas circunstancias o las distinguen de los casos y circunstancias que se consideraron esenciales en casos anteriores (ITURRALDE SESMA, 1995, p. 68). Es así como los jueces, si bien tienen el deber *prima facie* de respetar el precedente propio (horizontal) y el de los órganos de cierre (vertical), pueden también apartarse de esas decisiones judiciales. Esto puede verificarse sólo si los jueces (i) dan a conocer y explicitan los precedentes vigentes, evitando con ello los cambios ocultos de jurisprudencia, y (ii) argumentan con claridad por qué consideran que la nueva posición es superior a la anterior, evitando así el cambio de jurisprudencia discrecional (LÓPEZ, 2006). En desarrollo de lo anterior, se han considerado como argumentos legítimos para apartarse del precedente: (i) Las distinciones de hecho, (ii) La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, y (iii) La modificación del precedente (sentencia C-836 de 2001, LÓPEZ, y 2006; BERNAL PULIDO, 2005).

la jurisdicción constitucional. Para ello debemos caracterizar las sentencias que dicta la Corte Constitucional.

A la Corte Constitucional, como órgano de cierre, le han sido encargados dos asuntos específicos: (1) Control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley, y (2) Control concreto mediante la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales¹⁷.

En cuanto a lo primero, la Corte está encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos reformativos de la Constitución. Estos asuntos pueden llegar al conocimiento de la Corte por dos vías. En primer lugar, mediante acción pública de inconstitucionalidad contra leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno nacional, cuestionados por su contenido material y por vicios de procedimiento en su formación, y contra actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación. En segundo lugar, mediante decisión, sin necesidad de acción pública, respecto de la constitucionalidad de leyes estatutarias, referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos, convocatoria a la asamblea nacional constituyente, tratados internacionales y leyes que los aprueben, y decretos legislativos dictados por el gobierno en los estados de excepción; también, mediante decisión definitiva respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y mediante decisión, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente que tenga como objeto reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

En definitiva, las sentencias de constitucionalidad abstracta (sentencias tipo "C") juzgan si determinado acto normativo, bien sea proferido por el legislador ordinario (Congreso) o el extraordinario (Presidente), está acorde o no con el contenido de la Constitución, bien sea en cuanto a su forma (procedimiento o competencia) o a su

¹⁷ En lo referente a la nomenclatura de las sentencias, la Corte Constitucional identifica las sentencias de constitucionalidad abstracta con la letra C, seguida del número de la sentencia y el año de la misma; por su parte, las sentencias de tutela las identifica con las letras T o S. U. (sentencias de unificación), seguidas por el número de la sentencia y el año.

fondo. En definitiva, los asuntos constitucionales abstractos tienen los siguientes elementos relevantes:

1. Identificación del legislador. En general la justicia constitucional abstracta revisa los actos normativos proferidos por el legislador como término genérico. Sin embargo, dadas las particularidades del problema que se enfrenta tal caracterización genérica puede ser incompleta. Así, por ejemplo, si se discute si el Presidente en uso de facultades extraordinaria puede proferir el acto normativo X, sería incorrecto identificar el asunto como acto proferido por el legislador genérico. Asimismo, si se discute si puede ser expedido determinado acto normativo reformativo de la Constitución, debe observarse que solo el Congreso tiene competencia para tales asuntos. De esta manera debe identificarse con claridad si es posible referirse al legislador genérico o a un asunto de competencia del legislador ordinario (Congreso) o extraordinario (Presidente).

2. Acto normativo. A la Corte Constitucional le corresponde revisar la constitucionalidad de determinado acto normativo proferido por el legislador y por tanto con jerarquía de ley. O lo que es lo mismo, le corresponde revisar si una norma con jerarquía de ley contradice una norma constitucional. La identificación de este elemento, en general, no debe ser problemática. Se refiere al contenido de una norma demandada o revisada de oficio, a una determinada interpretación de la misma o a la forma en que fue creada. En este último aspecto se debe aclarar que, a pesar de que las sentencias tipo “C” son abstractas y con efectos erga omnes, en muchos casos donde se revisa el procedimiento en la elaboración del acto normativo el asunto parece volverse concreto. Por ejemplo, si la Corte revisa si en el trámite de un proyecto de ley se respetó el término de ocho días que debe mediar entre el primero y el segundo debate, el juicio que hace la Corte debe remitirse a las particularidades fácticas del caso, de donde resulta que es una revisión de un caso concreto (no hipotético), por lo que deben identificarse los hechos relevantes del mismo.

3. Norma constitucional. El acto normativo se juzga a la luz de una norma constitucional. En este sentido, se debe identificar a la luz de cuál norma la Corte juzgó el contenido normativo demandado. Las normas jurídicas, incluidas las constitucionales, son expresiones que correlacionan un caso con una solución. Las soluciones son facultades,

obligaciones, prohibiciones o poderes que el ordenamiento jurídico establece (ALCHOURRON y BULIGYN, 1972). Ahora bien, las normas pueden ser principios o reglas. Sin pretender agotar un tema tan debatido en la teoría jurídica, y siguiendo a ATIENZA y MANERO (1996), la diferencia entre reglas y principios se refiere a que los principios dificultan la tarea interpretativa al no correlacionar con claridad la solución jurídica y por tanto tienen menor fuerza vinculante. Por otra parte, en los principios, a diferencia de en las reglas, entran en juego un mayor número de situaciones, tienen mayor poder explicativo y mayor alcance justificativo. En cuanto a la norma constitucional, es conveniente hacer una última precisión. Las normas constitucionales pueden ser identificadas según hagan parte de la constitución formal o material. La primera se refiere al texto constitucional proferido expresamente por el constituyente, es decir, el preámbulo, la parte dogmática, la parte orgánica, los mecanismos de reforma constitucional y las disposiciones transitorias. Por constitución en sentido material se entienden todas aquellas normas que, siendo o no parte de la constitución formal, sirven de parámetro en el juicio de leyes. En el ordenamiento jurídico colombiano se ha identificado esto último con el concepto de bloque de constitucionalidad. De acuerdo con UPRIMNY (2001), hacen parte del bloque de constitucionalidad, además del preámbulo y el articulado constitucional, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales y las leyes estatutarias y orgánicas¹⁸.

Por otra parte, mediante la acción de tutela se establece un mecanismo judicial para la garantía de los derechos fundamentales y se asegura el control constitucional de las acciones u omisiones de las

¹⁸ UPRIMNY aclara que no todas las leyes estatutarias y orgánicas hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellas relevantes para la correcta formación de la ley. En este escrito no se profundiza en esta observación pues, en todo caso, lo que interesa es identificar los elementos que cuentan al configurar los asuntos constitucionales.

autoridades. A su vez, mediante la revisión de las decisiones relativas a la acción de tutela, de conformidad con el numeral 9 del artículo 241 C. P., se instituye a la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en aras de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica (BOTERO, 2006). De esta manera, los elementos relevantes en los asuntos de tutela son: autoridad que presuntamente viola o amenaza un derecho fundamental, los hechos relevantes del caso y el derecho fundamental presuntamente violado o amenazado.

1. Autoridad demandada. La acción de tutela procede contra toda acción de autoridad que viole o amenace derechos fundamentales. Las autoridades pueden ser públicas o privadas. Las privadas pueden ser: (1) Particulares que cumplen funciones públicas o que están encargados de la prestación de un servicio público; (2) Particulares cuyas acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo, y (3) Particulares respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (arts. 86 C. P. y 42 y 43 Dcto. Ley 2591 de 1991).

2. Actuación de la autoridad. Se refiere a las circunstancias fácticas en que presuntamente se vulnera o amenaza el derecho fundamental. Se refiere especialmente a la actuación de la entidad demandada y al contexto en que se encuentra el afectado en relación con dicha actuación.

3. Derecho fundamental. Para la identificación del derecho fundamental la Corte sigue en general las conclusiones elaboradas por BOTERO (2006) en cuanto a que los derechos fundamentales son los derechos de aplicación inmediata enumerados en el artículo 85 C. P., los derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el juez de tutela contenidos en el capítulo 1 del título II de la Carta, los derechos fundamentales por expreso mandato constitucional, los derechos fundamentales pertenecientes al bloque de constitucionalidad, los derechos fundamentales innominados y los derechos fundamentales por conexidad¹⁹.

El asunto de fondo o principal que se revisa en una sentencia de tutela es entonces si una determinada autoridad vulnera o amenaza

¹⁹ Para precisar estos asuntos, cfr. BOTERO (2006).

determinado derecho fundamental. Sin embargo, para llegar al asunto de fondo la Corte establece primero si se presenta realmente un caso susceptible de protección mediante acción de tutela. Denominamos a estos asuntos como “problemas accesorios”, entendiendo como tales aquellos que la Corte analiza para poder llegar al de fondo. Los asuntos o problemas accesorios se refieren a las condiciones de procedibilidad de la acción, y en general se refieren a problemas sobre la configuración de cada uno de los elementos principales. Así, por ejemplo, en algunos casos el asunto accesorio será establecer si determinada entidad o sujeto puede considerarse como autoridad (primer elemento). En otros, se refiere a la discusión sobre si determinado derecho es fundamental o no (segundo elemento). En otras ocasiones se refiere a asuntos eminentemente procesales, como la legitimidad de una persona para entablar acción de tutela en nombre de otro, la existencia de hecho superado, de acción de tutela temeraria, de irregularidades en el proceso, entre otras. En todo caso, este escrito no indaga sobre las particularidades de los problemas jurídicos accesorios.

Hasta acá hemos visto las características generales de la creación del derecho, donde se debe distinguir principalmente entre creación de normas generales y creación de normas individuales. Las sentencias judiciales crean normas individuales (salvo las de control abstracto) y normas generales (dadas las circunstancias de indeterminación del derecho). Se explicaron los elementos relevantes de los asuntos que conoce la Corte Constitucional. En las siguientes líneas explicaremos brevemente las tesis más conocidas sobre la identificación de las normas de origen judicial originarias del *common law*, para, por último, concluir cuáles son los elementos relevantes para identificar las normas creadas por las sentencias de la Corte Constitucional.

Los sistemas jurídicos de tradición anglosajona o del *common law* están conformados principalmente por normas provenientes de providencias judiciales, por lo que al decidir los casos concretos los jueces deben acudir a las sentencias dictadas en casos similares e identificar en ellas la norma jurídica vinculante. La fuerza normativa de las decisiones judiciales proviene del principio conocido como *stare decisis* (estarse a lo decidido), según el cual “los jueces deben resolver sus casos de acuerdo a lo decidido por jueces de la misma jurisdicción, de mayor o igual jerarquía judicial, en casos previos de

naturaleza similar". En todo caso, la doctrina del *stare decisis* y la identificación de normas generales no ha sido un asunto tranquilo. Las normas jurídicas que se extraen de las sentencias precedentes solo son obligatorias cuando en los casos futuros se presentan los mismos hechos relevantes. De esta manera, los problemas metodológicos en la operación del *stare decisis* son básicamente dos: la identificación de la norma jurídica vinculante, y la identificación de los hechos relevantes. Estas operaciones no obedecen estrictamente a principios y leyes de la lógica, sino que se fundamentan en consideraciones de justicia que el juez, quiérase o no, aplica (CUETO, 1997).

No existe unidad en cuanto al nombre que se le da a la operación de identificación del derecho judicial. Se habla de generalización, inducción o explicitación de la *ratio decidendi*, inducción de la norma general involucrada en la sentencia, identificación del *holding*, entre otras, tanto que se ha llegado a verlas como las más oscuras de las expresiones del *common law* (GOODHART, 1930). En todo caso, como sea que se denomine el asunto, el problema consiste en determinar o en localizar la norma involucrada en las sentencias precedentes, o lo que es lo mismo, la norma general de origen judicial que fundamentó la decisión en el precedente. En este sentido se ha hecho la distinción entre *holding (ratio decidendi)* y *dictum*²⁰. El primero entendido como aquellas expresiones necesarias para resolver el caso, y el segundo como aquellos argumentos jurídicos superfluos o sobreabundantes que sirven más de sustento teórico o explicativo de la sentencia que de fundamento necesario de la misma. Desde ya es necesario apuntar que los enfoques o técnicas para identificar la norma jurídica vinculante en una sentencia precedente son una mezcla de razones lógicas e intuitivas, no son una operación mecánica.

Según se acentúe la importancia en las reglas generales o en los hechos relevantes, se llega a métodos o técnicas diferentes de identificación del derecho judicial y por tanto a normas diferentes. En pala-

²⁰ La *ratio decidendi*, en el derecho inglés, es equivalente al *holding*, propio del derecho norteamericano. Por su parte, la expresión *obiter* es empleada por los juristas acompañada de las acotaciones *dicta* (plural) o *dictum* (singular) (MAGALONI KERPEL, 2001). Desde ya vale la pena precisar que la distinción entre *holding* y *dicta* no es clara y es el centro de un antiguo debate en el ámbito del *common law* (CUETO, 1997).

bras de MAGALONI (2001: 89), esto define las maneras maximalistas y minimalistas de concebir el poder normativo de los jueces. Los maximalistas dan mayor importancia a la regla general, mientras los minimalistas, a los hechos del caso. De lo anterior resulta que si se sigue una posición maximalista las reglas identificadas en las sentencias abarcaran una mayor cantidad de casos, mientras que si se atiende a los hechos relevantes el poder normativo será menor.

Como ejemplo de un enfoque maximalista, SCHAUER (2004) defiende que la norma jurídica formulada por los jueces al decidir los casos trasciende los hechos concretamente estudiados, toda vez que al decidir intentan establecer una regla general²¹ que abarque una clase de asuntos, con lo cual se elabora una categorización abstracta de los hechos del caso. La generalidad con base en la cual los precedentes deben ser interpretados obedece a las razones con que el juez que creó el precedente haya justificado la regla. Una vez los jueces posteriores identifican el supuesto normativo deben aplicar la regla a partir de procedimientos deductivos en todo asunto que se enmarque dentro de su ámbito normativo. En todo caso, para los maximalistas, cuando no existe una regla precedente para decidir un caso se debe elaborar una nueva regla a partir de la comparación de los supuestos de hecho abstractos.

Los minimalistas, como se dijo, dan especial valor a los hechos del caso. Para ellos, demasiadas generalizaciones desnaturalizan el valor empírico y pragmático del *common law*. Los jueces no están vinculados por las teorías jurídicas establecidas en las sentencias precedentes sino por la forma como se dio solución a un problema jurídico real, toda vez que los principios y normas deben ser funcionales y facilitar el comportamiento del tribunal. GOODHART afirmaba que el *holding* no podía encontrarse en las palabras usadas por el juez sino en lo que realmente hizo el juez a la luz de los hechos relevantes. Como lo defiende SUSTAIN (1996), los precedentes no se aplican nunca de modo deductivo (como sostiene SCHAUER), sino mediante un razonamiento análogo: el caso posterior se rige por el precedente cuando sus hechos relevantes son análogos.

²¹ Recordemos que para ALEXY esto está determinado por el requisito de universalidad.

En definitiva, la discusión en torno a la identificación de la norma jurídica establecida en el caso precedente es tema central en el debate jurídico anglosajón y no pretendemos, por supuesto, darle solución en este artículo. Sin embargo, de este debate identificamos elementos que son necesarios para el correcto análisis de las decisiones judiciales: 1. Hechos relevantes, 2 Problema jurídico, 3. Regla del caso y 4. Razones de la regla. En adelante explicaremos estas conclusiones incorporando las particularidades de los asuntos que conoce la Corte Constitucional según lo identificamos arriba.

1. Hechos relevantes. Se refiere a los hechos sobre los cuales efectivamente se pronuncia el juez. Siguiendo a GOODHART, para identificar los hechos relevantes se deben seguir las siguientes guías: a. Los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son irrelevantes salvo que el juez los tome como relevantes y b. Los hechos que el juez califica (implícita o explícitamente) como relevantes o irrelevantes deben tenerse como tales. En el marco de los asuntos que conoce la Corte Constitucional, como se dijo anteriormente, los hechos relevantes son un factor de especial importancia para los asuntos de tutela, mientras que para los de constitucionalidad no, salvo lo observado en relación con los procesos constitucionales de revisión de actos normativos por violación de las formas. Entendemos que en la identificación de hechos relevantes debe prestarse particular atención a los supuestos de hecho establecidos en las reglas constitucionales. Así, por ejemplo, si se discute si el Congreso dio cumplimiento al artículo 160 en cuanto a el lapso de ocho días que debe mediar entre el primero y el segundo debate, los hechos relevantes deben girar en torno a ese asunto. En otras palabras, las guías de GOODHART tienen aplicación salvo que los supuestos de hecho de la norma constitucional los consagren como relevantes. En los asuntos de tutela se deben identificar los supuestos para la configuración del caso, es decir, el tipo de autoridad, la acciones u omisiones de la misma y la situación de la persona en relación con la autoridad.

2. Problema jurídico. Se refiere al asunto real y específico que decide el juez. El problema jurídico está determinado por el tipo de proceso judicial en el cual se enmarca la decisión. De esta manera, en el caso particular de los procesos que se surten ante la Corte Constitucional, los problemas jurídicos se deben elaborar de acuerdo con los elemen-

tos de tal asunto, según lo dicho en este escrito. En cuanto a los asuntos de constitucionalidad y la correcta identificación del problema jurídico se debe observar que mediante este se pretende identificar una regla constitucional (subregla, en palabras de la Corte) de decisión. Por lo tanto, debe ser formulado en términos de indagación de reglas, es decir, preguntándonos por el carácter deóntico de la regla, o sea, por lo que está prohibido, permitido, facultado u obligado según el caso. De esta manera los elementos de los problemas deben ser formulado de manera que se indague si el legislador (L), al establecer la norma (n), viola la norma constitucional (nc)²². De esta manera, los elementos del problema jurídico constitucional son:

I. Identificación del legislador, en el sentido de si puede ser formulado como un problema de legislador genérico o debe ser especificado en el ordinario (Congreso) o extraordinario (Presidente).

II. Enunciado normativo legal o actuación en el proceso de elaboración de los mismos demandados.

III. Identificación de la norma constitucional a la luz de la cual se realiza el juicio de constitucionalidad.

Para los asuntos de tutela se deben incorporar las particularidades de tales asuntos. Como dijimos, el asunto principal o de fondo consiste en establecer si una autoridad (A), con la acción u omisión (H), viola el/los derecho/s fundamentales (F) de la persona (P). Por ello, los elementos del problema constitucional de tutela son:

I. Autoridad. Se identifica la persona o entidad que presuntamente viola un derecho fundamental

II. Acción u omisión. Se precisa a la luz de los hechos relevantes la actuación u omisión de la autoridad.

III. Derecho fundamental. Se precisa cuál derecho fundamental estudia la Corte.

IV. Persona. Se identifican la calidad de la persona en relación con la entidad (p. ej., pensionado, afiliado a sistema de salud) o la situación de vulnerabilidad (p. ej., desplazado, anciano, mujer cabeza de familia).

²² Esta formulación de los problemas jurídicos constitucionales fue elaborada por LANCHEROS (2008).

3. Regla del caso. Consiste en la identificación de la regla que el juez efectivamente aplica para resolver el problema jurídico que se le plantea. Por regla se entiende aquella norma jurídica que determina con relativa claridad lo que está prohibido, facultado, obligado o permitido (ALCHOURRON y BULYGIN, 1972). De esta manera, la regla es la respuesta afirmativa o negativa al problema identificado. En el caso de las sentencias de constitucionalidad, la regla deberá ser: el legislador (L), al establecer la norma (n), viola o no viola (según el resultado) la norma constitucional (nc). En el caso de las acciones de tutela la regla precisa: la autoridad (A), con la acción u omisión (H), viola o no viola (según el resultado) el/los derecho/s fundamentales (F) de la persona (P).

4. Razones de la regla. Las razones de la regla están constituidas por los argumentos elaborados en la parte considerativa de la Corte que muestran el “por qué” de la regla. Este será el asunto más controvertido e interpretativo del análisis. Su extensión será de especial importancia para la generalidad de la regla pues, siguiendo a SCHAUER, las razones que manifiesta expresamente el juez en la sentencia determinan el grado de generalidad de la norma jurídica establecida en la sentencia. Las razones de la decisión deben ser todas aquellas que justifican la respuesta al problema planteado. En todo caso, para evitar excesivas generalizaciones se deben evitar teorizaciones, definiciones y explicaciones, pues las razones deben estar en función de la operatividad de la regla, más que en su definición conceptual de los elementos de la misma. En definitiva, en esta parte, para el caso de las sentencias de constitucionalidad, se deben precisar las razones por las cuales el legislador (l) puede o no puede proferir la norma (n) sin violar la norma constitucional (nc), y en el caso de las sentencias de tutela, se debe precisar por qué la autoridad (A), con la acción u omisión (H), viola o no viola el derecho fundamental (F) de la persona (P).

REFERENCIAS

- ACERO, L. (2000). *La creación judicial del derecho*. Bogotá: Externado.
- ACKERMAN, B. (1991). *We the People* (vol. 1). Cambridge: Harvard University Press.
- ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

- ALEXY, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AGUILÓ REGLA, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA y MANERO (1996). *Las razones del derecho*. Barcelona: Ariel.
- BOTERO, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" & Consejo Superior de la Judicatura.
- BULIGYN, ATRIA, MORESO, RODRÍGUEZ y RUIZ MANERO (2005). *Las lagunas del derecho*: Barcelona: Ariel.
- CUETO RÚA, J. (1997). *El common law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CARRIO, G. (1972). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio* (2.ª ed.). Barcelona: Ariel.
- DWORKIN, R. (1997). "Cómo el derecho se parece a la literatura". En RODRÍGUEZ C. (Ed.) *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin* (pp. 143 a 181). Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- DWORKIN, R. (1999). "La lectura moral y la premisa mayoritarista". En HONGJU, H. y SLYE, R. (Eds.). *Democracia deliberativa y derechos humanos* (pp. 101 a 139). Barcelona: Gedisa.
- FERRERES COMELLA, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GOODHART. (1930). "Determining the *ratio decidendi* of a case". *Yale Law Journal*, 40.
- GUASTINI, R. (2007). *Teoría e ideología en la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- ITURRALDE SESMA, V. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas.
- KELSEN, H. (1999). *Teoría pura del derecho* (4.ª ed.). Buenos Aires: Eudeba.
- KENNEDY, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- KENNEDY, D. (2006). "La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies", *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, 47-89.
- LÓPEZ, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2.ª ed.). Bogotá: Legis.
- LANCHEROS, J. (2008). "Procedimiento para el análisis estático de la jurisprudencia de la Corte Constitucional". No publicado.
- J. AGUILAR, LANCHEROS J., MANTILLA, F. y PULIDO, C. (2008). *Manual de técnica legislativa: reglas jurisprudenciales vinculantes de la Corte Constitucional*. Bogotá: Avance Jurídico, IDEA, PNUD y Konrad Adenauer Stiftung (en prensa).
- NINO, C. S. (1987). *Introducción al análisis del derecho* (2.ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- NINO, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- MAGALONI KERPEL, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill.
- RODRÍGUEZ, C. (1999). "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces: Los Estudios Críticos del Derecho y la teoría de la decisión judicial". En KENNEDY, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial* (pp. 18-88). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- RODRÍGUEZ, C. "Estudio preliminar". En RODRÍGUEZ C. (Ed.) *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores & Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.
- UPRIMNY, R. (1997). "Entre deductivismo y activismo: hacia un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica". En BOTERO URIBE, D., GIRALDO ÁNGEL, J., HOYOS CASTAÑEDA, O., HOYOS VÁSQUEZ, G., LAVERDE, E., MARTÍNEZ CABALLERO, et al. *Hermenéutica jurídica: Homenaje al maestro Darío Echandía* (pp. 118-141). Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- UPRIMNY, R (2001) *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. Extraído de [<http://www.dejusticia.org>].
- WALDRON, J. (1994). "Vagueness in law and language: some philosophical issues". *California Law Review*, 82 (3), 526-540.