



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **El derecho como interpretación: La validez de los derechos innominados.**

**Juan Camilo Bedoya Chavarriaga**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia  
2019



# **El derecho como interpretación: La validez de los derechos innominados**

**Juan Camilo Bedoya Chavarriaga**

Tesis para optar al título de Magister en Derecho

Director:

Dr. Andrés Abel Rodríguez Villabona

Línea de Investigación:

Teoría Jurídica, Interpretación y Argumentación

Grupo de Investigación:

Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia

2019



*“Right (...) is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters”*

Jeremy Bentham (1962, Verso 230)

*“**Good Morning!**” said Bilbo, and **he meant it**. The sun was shining, and the Grass was very green. But Gandalf looked at him from under long bushy eyebrows that stuck out further than the brim of his shady hat. **“What do you mean?”** he said. **“Do you wish me a Good morning; or mean that it is a Good morning whether i want it or not; or that you feel good this morning; or that it is a morning to be Good on?”**. “All of them at once”, said Bilbo (...). **“Good morning!”** he said at last. “We don’t want any adventures here, thank you! You might try over the Hill across The Water”. **By this he meant that the conversation was at an end.** **“What a lot of things you do use Good morning for!”** Said Gandalf. **“now you mean that you want to get rid of me, and that it won’t be Good till i move off”**”*

The Hobbit – J.R.R. Tolkien

## Agradecimientos

*“You are my sunshine, my only sunshine  
You make me happy when skies are gray  
You’ll never know dear; how much I love you  
Please don’t take my sunshine away”*  
(Cash, 1969)

A mis hermanos, Santiago y Alejandro, mi razón para seguir adelante, a ustedes corresponde ahora forjar su camino, no me queda más que esperar con los años haber brindado un poco de luz frente a las incertidumbres. Así mismo, a mis padres, Jasmín y Javier, quienes pese a las dificultades y diferencias han estado permanentemente a mi lado, soportando con paciencia y cariño las adversidades, sin ustedes nada de esto habría sido posible; así mismo a Alexander a quien debo gran parte lo que soy y creo, gracias por educarme y cobijarme como a un hijo.

A la Universidad Nacional de Colombia, mi Alma Mater y segundo hogar, porque entre sus aulas descubrí una pequeña fracción del mundo, comprendí el valor de la diferencia y conocí a quienes me han hecho lo que soy. Hoy, al terminar mi paso por sus aulas, quisiera agradecer a Misael, quien a lo largo de todos estos años de amistad y trabajo se ha convertido en un padre para mí y se ha esforzado con paciencia por corregirme e inculcarme valores y humildad frente a mi trabajo.

Finalmente, quisiera agradecer a Andrés Abel Rodríguez Villabona, mi director, sin cuya paciencia, guía, correcciones y enseñanzas no habría sido posible la materialización y finalización del presente trabajo.

## Resumen

La Corte Constitucional ha reconocido sistemáticamente un conjunto de garantías de protección a la ciudadanía a causa de la insatisfacción o violación de los deberes constitucionales de protección por parte del legislativo. Esta acción, en mayor o menor medida, vulnera el texto superior en la medida en que constituye una usurpación de funciones y pone en duda la validez y aplicabilidad de dichas garantías por parte de los operadores jurídicos, aun cuando los enunciados normativos derivados y/o deducidos, guarden una relación de correspondencia con los fines y garantías implícitos en la constitución. De allí que el presente trabajo pretenda determinar la validez de los derechos y garantías reconocidas jurisprudencialmente, desde el análisis de los elementos formales y materiales que la configuran.

**Palabras clave:** Bloque de Constitucionalidad, Derechos Fundamentales, Derechos innominados, Precedente, Validez.

## **Abstract**

The Constitutional Court has consistently recognized a set of guarantees for the protection of citizens due to dissatisfaction or violation of the constitutional duties of protection by the legislator. This action, to a greater or lesser extent, violates the superior text insofar as it constitutes an encroachment on functions and calls into question the validity and applicability of such guarantees by legal operators, even if the normative statements derived and/or deducted, are related to the purposes and guarantees implied in the constitution. Hence the aim of this paper is to determine the validity of the rights and guarantees recognized by judicial decisions, from the analysis of the formal and material elements that make up it.

**Keywords:** Block of constitutionality, Fundamental rights, Unenumerated Rights, Precedent, Validity.



# Contenido

<b>1. Estado Constitucional, Derechos Fundamentales y Derechos Innominados.....</b>	<b>5</b>
1.1 Derechos Fundamentales: Conceptualización y extensión .....	6
1.1.1 Algunas consideraciones doctrinarias entorno a la categoría de Derechos Fundamentales .....	6
1.1.2 Aproximación preliminar al concepto de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico Colombiano .....	10
1.2 Una aproximación histórica y comparada al concepto de derechos innominados.....	13
1.2.1 Los derechos no enumerados en el caso norte americano.....	15
1.2.2 Los derechos no enumerados en el Common Law .....	17
1.2.3 El artículo 3 de la Carta Fundamental Peruana y su interpretación por el Tribunal Constitucional Peruano.....	20
1.3 La cláusula del catálogo abierto de derechos y la conceptualización de los derechos innominados en Colombia .....	22
<b>2. Validez, interpretación y vinculatoriedad del precedente .....</b>	<b>26</b>
2.1 Validez y modelos normativos.....	28
2.1.1 El concepto de validez .....	28
2.1.2 Validez y positivismo normativo.....	29
2.1.3 El Concepto de Derecho y la Regla de Reconocimiento en Hart.....	32
2.1.4 Textura abierta del derecho e interpretación normativa: entre los casos fáciles y los difíciles .....	34
2.1.5 El debate Hart – Dworkin.....	35
2.1.6 El postpositivismo de MacCormick: hacia una apuesta de superación de los límites intrínsecos de positivismo normativo.....	40
2.2 Discrecionalidad y decisión judicial: ¿Crean los jueces derecho? .....	45
2.2.1 La decisión judicial como fuente de derecho en la doctrina.....	45
2.2.2 El precedente y su vinculatoriedad a partir de la constitución de 1991.....	49
<b>3. Los derechos innominados y su validez en el ordenamiento jurídico Colombiano.....</b>	<b>55</b>
3.1 Validez material de los derechos innominados: El poder legislativo indirecto.....	56
3.1.1 El artículo 94 Constitucional.....	56
3.1.2 La validez material de los derechos innominados .....	58
3.2 Validez formal, superación de la supremacía del legislador y reintegración del concepto de validez .....	62
3.2.1 El problema de la competencia y la validez formal .....	62
3.2.2 De la validez formal y la competencia institucional: El filtro de la garantía institucional como criterio de validez. ....	68
<b>4. Conclusiones y recomendaciones.....</b>	<b>78</b>

## Lista de abreviaturas

<b>Abreviatura</b>	<b>Término</b>
<i>Art.</i>	Artículo
<i>C.C. de Colombia</i>	Corte Constitucional de Colombia
<i>C.P.</i>	Constitución Política de Colombia
<i>D.F.</i>	Derecho Fundamental
<i>DD. FF.</i>	Derechos Fundamentales
<i>D.H.</i>	Derecho Humano
<i>DD.HH.</i>	Derechos Humanos
<i>p.</i>	Página
<i>pp.</i>	Páginas
<i>v</i>	Contra

## Introducción

El alto grado de imbricación del constitucionalismo por el positivismo normativo, aunado a la falta de voluntad política del legislativo para regular y/o garantizar ciertos derechos -en tanto órgano autorizado constitucionalmente para ello-, ha hecho necesario el surgimiento de nuevas formas para la determinación, dinamización, interpretación y comprensión de las garantías jurídicas que radican en cabeza de todos los individuos, en tanto pertenecientes a la especie humana (León Molina, 2016). Tal ha sido el caso del reconocimiento sistemático de derechos y/o garantías jurídicas por parte de la Corte Constitucional, mediante reiterados procesos de interpretación y operativización de los derechos fundamentales y los principios a partir de los cuales, debido a su funcionalidad, gozan de la categorización de garantías inherentes.

De esta manera, la Corte ha reconocido, cuando no creado, un conjunto de Garantías de protección a la ciudadanía, sin tener la competencia formal para ello, como consecuencia de la insatisfacción o violación a los deberes constitucionales por parte del legislativo. Esta acción, en mayor o menor medida, constituye una vulneración al núcleo duro de la constitución por usurpación de funciones y pone en duda la validez y aplicabilidad de dichas garantías por parte de los operadores jurídicos, aun cuando los enunciados normativos derivados y/o deducidos, guarden una relación de correspondencia con los fines y garantías implícitos en la constitución.

Así las cosas, se hace palpable la existencia de un problema si se toma en consideración que, de acuerdo con los paradigmas positivistas y post positivistas siempre que se afirme la existencia de un derecho<sup>1</sup>, este deberá estar garantizado por una norma válida. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido jurisprudencialmente una serie de derechos innominados a través de la interpretación

---

1 El uso del término paradigma, se circunscribe aquí, al significado del cual lo dota Habermas (1998), al afirmar que por paradigma jurídico debe entenderse a las "(...) ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado del Derecho en el contexto efectivamente percibido de la sociedad dada en cada caso" (p. 263).

constitucional en uso de facultades normativas que le corresponde al legislador en atención al principio de separación de poderes (art. 150 y ss. de la C.P. de 1991). Se genera así en dicho proceso una serie de tensiones constitucionales en torno a la validez material y formal de las normas creadas o reconocidas jurisprudencialmente, las cuales ponen en duda la aplicabilidad de estos.

En concordancia con lo anterior, la pregunta central que guía este trabajo de investigación es: ¿Cuál es el fundamento de *validez* de los *derechos innominados* de *reconocimiento* o *creación jurisprudencial* a partir de los *procesos interpretativos* de la Corte Constitucional a la luz de la Constitución colombiana?

Frente a este interrogante, es posible plantear la siguiente hipótesis:

*El fundamento de validez de los derechos innominados se encuentra dado **materialmente** por la derivación de estos de la constitución a partir de procesos interpretativos con pretensión de corrección y **formalmente**, a partir de la aplicación de la meta norma o principio de la garantía institucional al análisis de la competencia material enmarcada en el principio de separación de poderes de origen constitucional.*

En concordancia con lo expuesto, el presente trabajo se plantea como una investigación de tipo teórico con enfoque cualitativo, cuyo punto de partida es la recolección, sistematización e interpretación de diversas fuentes bibliográficas, tanto dogmáticas como jurisprudenciales, en aras de interpretar, más que describir, las categorías abordadas para la determinación de los elementos que determinan la validez de los derechos de creación jurisprudencial o derechos innominados (Lakatos, 1989; Hernández, 2003).

Dicha prelación de lo interpretativo, sobre lo descriptivo, obedece a la triangulación metodológica que tiene como finalidad permitir el procesamiento de la información recabada a lo largo de la investigación, recurriendo específicamente a la triangulación entre herramientas de la Hermenéutica y de la Dogmática jurídica, para generar a partir de las categorías abordadas y la determinación de su interrelación una respuesta al objeto de estudio (Courtis, 2006; Cruz, 2006; Terry, 2006, p. 96-110).

Tratándose de una investigación que se suscribe en el campo de la Teoría jurídica<sup>2</sup>, se realizara una reconstrucción de las teorías que ofrecen una concepción acabada y autónoma de la validez normativa y la discusión en torno a la creación de derecho por parte de los jueces en sede de decisión. Ello no implica una mera transcripción o descripción de los postulados de los principales autores de cada corriente de pensamiento, sino un proceso de reconstrucción interpretativa de los campos teóricos en que se problematizaran los conceptos y categorías pertinentes al objeto de estudio, recurriendo mayoritariamente como punto de enunciación al positivismo incluyente de corte Harteano.

En línea con lo expuesto, el presente trabajo se estructura o divide en tres acápites, en el primero de los cuales, titulado “*Estado Constitucional, Derechos Fundamentales y Derechos Innominados*” se reconstruye el estado del arte de la investigación, abordándose en el proceso el origen y evolución de la conceptualización de los derechos fundamentales, las cláusulas de catálogo abierto de derechos y el alcance o conceptualización de los derechos innominados en Colombia. En el segundo capítulo, denominado “*Validez, Interpretación y vinculatoriedad del precedente*”, se aborda el concepto de validez jurídica, se desarrolla la validez de la interpretación judicial, ligando la misma con la creación del derecho por parte de los jueces, para analizar por último la vinculatoriedad del precedente a la luz del ordenamiento jurídico Colombiano. Finalmente, en el aparte denominado “*Los derechos innominados y su validez en el ordenamiento jurídico Colombiano*” se aborda a partir de diferentes dimensiones la validez de los derechos innominados bajo la constitución de 1991, analizando en el proceso los derroteros utilizados por la Corte Constitucional para el reconocimiento de aquellos y la validez formal a partir de la *metanorma* de la “garantía institucional”.

Por último, es pertinente mencionar que para la realización del presente trabajo se partió de una serie de premisas o axiomas, entre los cuales se encuentran los siguientes:

---

2 Más allá de su frecuente utilización como sinónimo de la “Filosofía Jurídica”, el término “Teoría Jurídica” se utiliza en el presente trabajo siguiendo la distinción planteada por Oscar Mejía Quintana (2016) para quien existe una clara distinción entre ambos conceptos, toda vez que: “**Mientras que la teoría jurídica pone el acento en la validez del sistema jurídico, la filosofía del derecho necesariamente tiene que abordar toda la complejidad intra y supra sistémica del ordenamiento jurídico.** De allí que tenga que abarcar igualmente problemáticas propias de la filosofía política y la sociología jurídica, articulando así en una visión totalizante y crítica la relación legitimidad-validez-eficacia de un ordenamiento jurídico-político como eje vertebral de su reflexión epistemológica. **De tal suerte, frente a la mirada disciplinaria de la teoría jurídica la filosofía del derecho se presenta como la visión transdisciplinaria del fenómeno jurídico**” (Mejía Quintana, 2016, p. 131 – Destacado fuera del texto original).

- i. La Constitución Política de 1991 se erige, en tanto norma central del ordenamiento jurídico Colombiano, en fundamento de validez, así como pauta de organización y reconocimiento de las disposiciones normativas que integran el sistema jurídico. Sin embargo, la validez de esta no depende de texto jurídico alguno, por lo que su validez es supuesta a partir del proceso político discursivo en que fue gestada, así como a partir de la necesidad de un criterio de unificación y organización que permita gestar la coherencia y dotar de operatividad al ordenamiento en que se enmarca.
- ii. La Corte Constitucional es, en virtud del artículo doscientos cuarenta y uno (241) de la Carta Suprema, la guardiana de la Constitución, superándose de esta manera la discusión dicotómica planteada por la teoría jurídica en torno a quien debe legítimamente ejercer dicha función.
- iii. El problema de la subjetividad judicial (Cardozo, 2004), implícito al proceso de interpretación y aplicación de las proposiciones que conforman el ordenamiento jurídico, juega un papel menor en la determinación del alcance y contenido de las disposiciones normativas; ello es así toda vez que las interpretaciones plausibles de un determinado enunciado se encuentra predeterminadas por el contenido de la Constitución Política, los cánones interpretativos y las cadenas lexicográficas que permite el uso del lenguaje (Brozek, 2015).

# 1. Estado Constitucional, Derechos Fundamentales y Derechos Innominados

*“Quien consiga convertir en vinculante su interpretación sobre los derechos fundamentales... habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política”*

Robert Alexy (2003, p. 43)

El presente capítulo, constitutivo del *estado del arte*, tiene como finalidad aproximar al lector al concepto de “Derechos innominados” o “Derechos no enumerados”. Para ello se parte de una somera exposición del concepto de derechos fundamental y los debates teórico doctrinarios que entorno al mismo se han suscitado, para abordar a punto seguido el proceso de creación o nacimiento de la tipología de derechos innominados en la tradición jurídica occidental, así como las diversas interpretaciones que de las cláusulas de catálogos abiertos de derecho se han dado, principalmente en la tradición anglosajón y latinoamericana, y la forma en que las mismas han incidido en el reconocimiento de derechos y la materialización de garantías mínimas.

Es importante resaltar que una vez realizada una revisión a la jurisprudencia y doctrina de diferentes ordenamientos constitucionales -delimitada por la posibilidad de acceso en términos lingüísticos (español, inglés y francés) a las fuentes primarias- se determinó la necesidad de abordar en forma más o menos extensa los antecedentes de los derechos innominados en Estados Unidos en tanto país de origen de la cláusula “Catalogo abierto de derechos”, así como la relación de aquel con el **Bloque de Constitucionalidad** o *Bloc de constitutionnalité*.

Por último, en el presente aparte se aborda la conceptualización, tanto jurisprudencial como doctrinaria, que de los Derechos Innominados se ha hecho en el ordenamiento Constitucional Colombiano a partir de la entrada en vigor de la constitución de 1991.

## **1.1 Derechos Fundamentales: Conceptualización y extensión**

Si bien la finalidad del presente trabajo no es ofrecer un modelo de concreción y/o determinación de los derechos fundamentales, lo cierto es que el abordaje de la problemática que en términos de validez representan los derechos innominados requiere de una reconstrucción del concepto de derechos fundamentales, así como de la comprensión y alcance que dicha categoría posee al interior del sistema jurídico colombiano, sin perder de vista en el proceso que, tal y como lo afirma Norberto Bobbio (1991) en pleno siglo Veintiuno el problema de los derechos fundamentales, “(...) *no es el fundamentarlos sino el de protegerlos*” (p. 58).

### **1.1.1 Algunas consideraciones doctrinarias entorno a la categoría de Derechos Fundamentales**

En primera medida es necesario aclarar que la Doctrina ha establecido y/o ligado la conceptualización de “fundamental” de los derechos a múltiples y diversos factores tanto formales como materiales, en aras de su justificación. Así, por ejemplo, el profesor Peces-Barba (1973), siguiendo lo que podría ser considerado a priori una postura positivista legalista, concibe a las fuentes del ordenamiento jurídico-positivo como fundamento último de los derechos fundamentales, de forma tal que el origen de estos sería la voluntad popular instrumentalizada mediante los mecanismos dispuestos para tal fin en los órganos del estado (Peces-Barba, 1973, p. 174). Por tanto sólo son susceptibles de ser aceptados como derechos fundamentales aquellos que son reconocidos y amparados como tales por una norma jurídica; no obstante, una lectura adecuada de esta teoría permite asimismo apreciar que las “fuentes del derecho”, tal y como son interpretadas por Peces-Barba, escapan a la conceptualización rígida tradicional, para constituir -en términos amplios- “(...) *todo lo que en el ordenamiento jurídico confiere capacidad para crear normas relevantes para configurar derechos fundamentales*” (Peces-Barba, 1999, p. 489).

La teoría del profesor Peces-Barba, más allá de su aparente fundamento legalista se estructura sobre tres pilares o características de los derechos fundamentales que permiten interpretarla como una teoría incluyente, a saber:



“a) *pretensión moral justificada*; b) subsistema dentro del sistema jurídico, y c) preponderancia de la realidad social. En cuanto pretensión moral justificada, los derechos fundamentales tienden a facilitar la autonomía e independencia sobre la base de la libertad e igualdad; como subsistema jurídico, lo central es que los derechos fundamentales deben expresarse en términos de derechos, esto es, ser incorporados técnicamente a una norma; y en su relación con la realidad social, los derechos fundamentales están condicionados por ciertas realidades que no pueden ser ignoradas, tales como circunstancias económicas, sociales y políticas que favorecen, dificultan o impiden su efectividad” (Nash, 2006, p. 1313)

En contraposición a la teoría de Peces-Barba, Luigi Ferrajoli (2005), define los derechos fundamentales desde una postura estructural y formal como:

*“(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendido por Derechos subjetivos cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus, la condición de un sujeto prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”* (p. 19).

A la conceptualización de Ferrajoli podría criticársele su aparente exceso de formalismo al vincular la existencia de los derechos fundamentales exclusivamente a textos jurídicos. No obstante esto sería subsanado en la medida que para el autor estos lineamientos jurídicos estaría determinados a partir de un campo teórico que prescinde de la existencia positivizada de dichos derechos, situación que permitiría su derivación y/o reconocimiento aun sin una expresa consagración normativa de los mismos. En consonancia con lo anterior Ferrajoli (2005) complementa su definición de los derechos fundamentales considerando que por estos, debe entenderse a todos *“(...) los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”* (p. 20)

En concordancia con lo anterior, sostiene Cabra Barrera (2015) que la teoría propuesta por Ferrajoli tiene la virtud adicional, dada su estructuración a partir de la Teoría General del Derecho, de abarcar

*“(...) un amplio espectro de derechos y no solo los que hayan aparecido en primer lugar en el tiempo (supuesto del que parte la teoría de los derechos por generaciones), todos los derechos, en principio, asociados a la persona serían fundamentales, pero se agrega un condicionante y es que deben ser reconocidos universalmente, explicando ello en que sean o no alienables e indisponibles de los “intereses sustanciales en que los mismos consisten”* (pp. 20, 21).

*Esta doble concepción para Ferrajoli (2001) implican que “(...) si son normativamente de “todos” (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados” (P. 121)*

De otra parte, Robert Alexy desarrolló el concepto de fundamentalidad de los derechos a partir de tres enfoques: formal, material y procedimental (Alexy, 2003, p. 32). Bajo el primero, se asume que son fundamentales todos los derechos expresamente catalogados como tal en la constitución en concordancia con los principios y valores que en esta han sido incluidos. El concepto material por su parte entiende, a partir de los postulados de Carl Schmitt, que los derechos fundamentales son esencialmente Derechos del individuo transformados en Derecho Constitucional Positivo, es decir libertades del individuo, que delimitan la esfera de competencia del Estado. Por último, el concepto procedimental, enlaza el concepto formal y el material, al propender por la elevación de los Derechos Humanos al nivel de Derechos constitucionales (Maya, 2014, p. 153).

En línea con lo anterior, Bernal Pulido (2015) sostiene que el concepto de fundamentalidad de los derechos en la teoría de Robert Alexy se encontraría íntimamente ligado al concepto de derecho subjetivo de acuerdo con el cual:

*“(...) un derecho subjetivo es un todo integrado por tres tipos de entidades: una disposición jurídica, una NORMA o varias normas jurídicas y una posición jurídica o varias posiciones jurídicas. En tanto especie de los derechos subjetivos, los derechos fundamentales también ostentan esta estructura. Un derecho fundamental es un todo, es decir, un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que se adscriben interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (p. 1571).*

Así las cosas, para Alexy (2002, p. 39) los derechos fundamentales tienen una estructura normativa particular, toda vez que se expresan mediante postulados de alcance constitucional a través de reglas, principios y valores; así como a partir de procesos argumentativos y de fundamentación racional, los cuales se tornan necesarios a partir del carácter de máxima indeterminación normativa de las disposiciones en que encuentran su origen o consagración (Alexy, 2009). De igual forma, cabe resaltar que para Alexy los derechos fundamentales poseen la naturaleza de ser, al igual que en la teoría de Ferrajoli (2015), garantías contra mayoritarias al ejercicio del poder, por lo que los mismos no serían susceptibles de regulación y/o limitación a partir del ejercicio democrático de las mayorías y su reconocimiento no podría encontrarse supeditado al ejercicio del legislativo habilitado por aquellas (Cabra, 2015, p. 122).

Por su parte, Bernal Pulido (2015) considerando que el grueso de la doctrina en materia de Derechos fundamentales resulta insuficiente para el desarrollo integral del concepto de Derechos Fundamentales establece, a partir de la Teoría de Alexy, que la categorización de un derecho como fundamental se encontraría determinada por una doble dimensión entre sus propiedades formales y materiales.

En relación con las propiedades formales, afirma Bernal Pulido (2015), dada la imposibilidad de que todos los derechos sean considerados como derechos fundamentales, que:

*“(…) resulta imprescindible limitar la clase de los derechos fundamentales a solo ciertos derechos. Una primera estrategia para ello consiste en definir ciertas propiedades formales como las propiedades fundamentales de estos derechos. Dichas propiedades formales se refieren al hecho de que los derechos fundamentales hayan sido establecidos en ciertas fuentes del derecho. Desde este punto de vista, con frecuencia se mencionan cuatro propiedades formales. Si se enuncian estas propiedades desde aquella más restrictiva hasta la más amplia, ellas son: (1) Que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; (2) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional; (3) que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente del derecho (sobre todo de los pactos, convenciones o tratados sobre derechos humanos), siempre y cuando la constitución haga un reenvío a dicha fuente; y (4) que la jurisdicción constitucional reconozca la validez -no de una disposición sino- de una norma o de una posición de derecho fundamental”<sup>3</sup> (p. 1574).*

Si bien los criterios formales pueden ser adecuados para indicar o no la pertenencia de un derecho al conjunto de los derechos fundamentales, lo cierto es que, tal y como lo sostiene Bernal Pulido (2015, p. 1585) estos son insuficientes para delimitar el concepto de fundamentalidad de los mismos, por lo que se torna necesario tomar en consideración las propiedades materiales como:

*“(…) condiciones suficientes que un derecho subjetivo debe revestir para poder tener el estatus de derecho fundamental. Por lo tanto, un derecho subjetivo debe ser reconocido como un derecho fundamental, si protege las facultades morales de la persona liberal o su capacidad de discernimiento, o cuando su finalidad es satisfacer las necesidades fundamentales de la persona. A ello se suma que un derecho subjetivo es un derecho fundamental cuando busca asegurar la igualdad en el ejercicio de las facultades liberales o de la capacidad de discernimiento de la persona o cuando garantiza la*

---

3 Es importante resaltar que en la Teoría de Bernal Pulido (2015) estas cuatro categorías revisten un grado creciente de importancia en la medida que poseen un nivel decreciente de certeza a partir de la ponderación para la determinación de la pertenencia y prevalencia de una disposición normativa como derecho fundamental en escenario de confrontación con otra.

*igualdad en la distribución de los bienes que satisfacen las necesidades fundamentales. Un derecho subjetivo debe ostentar por lo menos una propiedad material para ser un derecho fundamental.*

*Asimismo, las propiedades materiales tienen una prioridad en relación con las propiedades formales. Las propiedades materiales también son relevantes para la ponderación. La siguiente regla tiene validez: tanto mayor sea la medida en la que un derecho fundamental ostenta una propiedad material, es decir, tanto más el derecho proteja las facultades morales de la persona liberal o la capacidad de discernimiento o cuanto más busque satisfacer las necesidades básicas, tanto mayor será el peso que debe atribuirse al derecho de la ponderación” (Bernal Pulido, 2015, pp. 1591-1592)*

Así las cosas, a manera de conclusión preliminar, es posible establecer que bajo el rotulo de derechos fundamentales se agrupan tanto aquellos derechos que emanan del individuo y se consagran en un momento determinado (Ackerman, 1991), como aquellos derechos que debido a sus características particulares e importancia son definidos a través de la interpretación del bloque de constitucionalidad y de los principios que dotan de operatividad al sistema jurídico y permiten, por vía de adecuación, lograr la protección de las garantías inherentes al ser humano en un momento determinado (Nash, 2006, p. 1307).

### **1.1.2 Aproximación preliminar al concepto de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico Colombiano**

En línea con el objetivo de este acápite, es posible sostener que bajo el rotulo de Derechos fundamentales se entiende, al menos genéricamente en el ordenamiento jurídico colombiano, una clase especial de derechos subjetivos<sup>4</sup> que se distingue de los derechos humanos en la medida en que su determinación corresponde al derecho interno público (Quince, 2012) y gozan de una garantía reforzada en virtud de su positivización por vía constitucional (Uprimny, 1995). En esta línea Quince afirma que, de acuerdo con Chinchilla (2009), los derechos fundamentales se definen:

*“(…) como derechos humanos constitucionalizados y con garantía reforzada. En este sentido señala, que “son derechos humanos que han adquirido la positivización necesaria, preferentemente en el orden constitucional, y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva,*

---

4 De acuerdo con Habermas (2010) estos se corresponden “(…) con el concepto de libertad subjetiva de la acción: los derechos subjetivos (en inglés rights) fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad” (p. 147)

*propias de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión derecho subjetivo”. (...)” (Quinche, 2012, pp. 92-93)*

En relación con la categorización y existencia de los derechos fundamentales, ha sostenido la Corte Constitucional que aquellos adquieren dicho calificativo debido a *“su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del hombre no sería posible”* (Corte Constitucional, Sentencia T-418, 1992). Afirmando igualmente el alto tribunal que: *“(...) son derechos fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”* (Corte Constitucional, Sentencia T-760, 2008)

En desarrollo de esta distinción, la Corte Constitucional ha establecido que son fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-212, 2009): 1. Los derechos subjetivos contenidos en el Capítulo I Título II de la Carta Política susceptibles de ser amparados de forma directa por el juez; 2. Los derechos derivado del bloque de constitucionalidad -strictu sensu- ( Corte Constitucional, Sentencia C-191, 1998; Corte Constitucional y Sentencia C-406, 1996); 3. Los derechos fundamentales por conexidad (Corte Constitucional, Sentencia T-571, 1992; Corte Constitucional, Sentencia T-984. 2004; y Corte Constitucional, Sentencia C-463, 2008); 4. Los derechos expresamente fundamentales por mandato constitucional; y 5. Los derechos innominados de origen jurisprudencial en concordancia axiológica con la Constitución, cuya formación, reconocimiento y justificación constituyen el eje de análisis del presente trabajo (Corte Constitucional, Sentencia T-289, 1998)

Ahora bien, la consolidación de la noción de lo que hoy se entiende por “Derechos Fundamentales” en la jurisprudencia constitucional, es el resultado de un paulatino proceso argumentativo y de la transformación de los enfoques de aproximación, tal y como explícitamente lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en desarrollo de la sentencia T-095 de 2016, así:

*“Para la jurisprudencia constitucional la noción de derechos fundamentales se ha consolidado, en primer lugar, a partir de una construcción tradicional de los derechos que se deriva de los principios de indivisibilidad, integralidad y universalidad, los cuales ordenan la protección igualitaria de todos los derechos que sean necesarios para preservar la dignidad humana. También, en segundo lugar, de la relación de la dignidad humana como valor y como principio, lo que implica una relación con el principio de igualdad, libertad y autonomía, los cuales tienen como propósito velar por la eficacia de*

*todos aquellos derechos constitucionales como fundamentales. En tercer lugar, desde una teoría positivista, por medio de la cual se entiende como derecho fundamental, toda garantía prevista en el texto constitucional, específicamente, en el Título II, Capítulo I de la Constitución Política. Y, en cuarto lugar, a partir de la teoría de la conexidad, “según la cual se permite el amparo de derechos no tutelables judicialmente, en principio, siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación derecho con carácter indiscutiblemente fundamental”.*

*Sin embargo, a partir de la sentencia T-227 de 2003, la Corte ha establecido que el concepto de derechos fundamentales deviene de su relación con la dignidad humana, para lo cual el juez constitucional debe evaluar la existencia de un consenso –dogmático, legislativo, constitucional o de derecho internacional de los derechos humanos- y valorarlo en concreto. Empero, la “fundamentabilidad” de un derecho dependerá de la posibilidad de “traducción en derechos subjetivos”, a partir de lo cual sería posible determinar el titular (legitimación por activa), el destinatario de la orden (legitimación por pasiva, o el obligado) y el contenido del derecho”.*

En concordancia con lo anterior, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible entender por derechos fundamentales a aquellos derechos positivados explícita o implícitamente, susceptibles de ser traducidos en una regla de derecho subjetivo, cuya finalidad sea el aseguramiento y protección del principio<sup>5</sup> de la dignidad humana, en tanto elemento estructural del derecho constitucional y el Estado Social de Derecho (Burgogue-Larsen, 2010)<sup>6</sup>.

---

5 En esta medida debe ponerse de presente que el “(...) contenido normativo del derecho ya no está circunscrito sólo por reglas, sino también por principios-derechos fundamentales que se pueden determinar en derechos subjetivos concretos” (García, 2012, p. 101).

6 Es importante resaltar que, desde la perspectiva de la Corte Constitucional, los derechos fundamentales en tanto prerrogativas emanadas de la Dignidad Humana: “Se caracteriza[n] por su funcionalidad, conformando una unidad jurídica; un bloque unificado de derechos fundamentales con independencia de la fuente forma que inicialmente los asegura y garantiza, sea la Constitución, el derecho internacional convencional ratificado y vigente o los principios de ius cogens. En tal perspectiva, podemos conceptualizar los derechos fundamentales como el “conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humana en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales debe ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos” (Noguera, 2015, p. 306)

## 1.2 Una aproximación histórica y comparada al concepto de derechos innominados

Bajo el rótulo de Derechos innominados, no enumerados o implícitos se agrupa a todos aquellos derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-418, 1992) de reconocimiento, creación o inferencia jurisprudencial a través de criterios interpretativos y en atención a la existencia de cláusulas no enumerativas o catálogos abiertos de derechos al interior de la norma fundante de un determinado ordenamiento jurídico (Torres Bayona, 2008).

Este tipo particular de clausula constitucional, a través de la cual se opta sistemáticamente por ampliar el margen de protección de los ciudadanos frente al poder (Madison, 1789), encuentra su génesis en el derecho de corte anglosajón (Stimson, 2004), particularmente en el proceso de consolidación constitucional norteamericano con la Novena Enmienda o *Ninth Amendment* de 1791, en cuyo tenor se lee: “*La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros que retine el pueblo*”.

Si bien la enmienda ha sido tomada desde 1965 como una afirmación positiva de la existencia de derechos más allá de los no enumerados en la constitución, la inclusión de dicha enmienda en el *Bill of Rights* ha sido interpretado, cuando menos, en tres sentidos (Barnett, 1989): el primero de ellos, consiste en que el contenido de dicha enmienda ha sido entendido a partir del contexto de su promulgación como una negación de toda posibilidad de expansión del poder del gobierno federal, en tanto violatorio de los derechos retenidos por el pueblo (U.S. Supreme Court, *United Public Workers v. Mitchell*, 1947), sin que este, sea en caso alguno una fuente sustantiva de derechos (Tribe, 1998, pág. 776).

El segundo sentido, se encuentra dado por el proceder de algunos jueces, quienes han sostenido que la *Novena Enmienda* es esencial para la interpretación de la catorceava enmienda. Al respecto el juez Goldberg, sostuvo en *Griswold V. Connecticut*, que:

*“Los [Constituyentes] no tuvieron por intención que las primeras ocho enmiendas constituyeran una descripción exhaustiva de los derechos básicos y fundamentales (...) con ello no quiero implicar que (...) la Novena Enmienda constituya una fuente independiente de derechos protegidos frente a la vulneración por los Estados o el Gobierno Federal (...) Mientras la Novena enmienda -y de hecho la Bill of Rights en su integridad- originalmente hacían referencia a restricciones frente al poder federal, la posteriormente promulgada Catorceava Enmienda prohibía a los Estados reducir las libertades individuales fundamentales. Y la Novena Enmienda, indica que no todas estas libertades se encuentran*

*específicamente establecidas en las primeras ocho enmiendas, pues esta es ciertamente relevante en mostrar la existencia de otros derechos fundamentales, [protegidos del desconocimiento estatal y federal]. En suma, la Novena Enmienda simplemente otorga un mayor soporte a la idea que las libertades protegidas por la Quinta y la Catorceava Enmienda de cualquier vulneración por el Gobierno Federal o de los Estados no se encuentra restringida a los derechos específicamente mencionados en las primeras ocho enmiendas” (U.S. Supreme Court, 1965, Traducción Propia)*

Por último, algunos jueces y académicos han intentado sistemáticamente utilizar la Novena Enmienda, si bien operatizando aquella por intermedio de otras clausulas, como una fuente de justificación judicial para el reconocimiento y protección de derechos no enumerados, siendo tal el caso del “*derecho a tener un aborto*”, protegido por una Corte del Distrito en el caso *Roe v. Wade* (1970), al utilizar la catorceava enmienda en concordancia con la novena enmienda.

Este escenario de interpretación de la novena enmienda se corresponde con la implementación del bloque de constitucionalidad o *bloc de constitutionnalité* como mecanismo para la determinación y reconocimiento de aquellas normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional, en la medida en que:

*“(…) una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señalo la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe v Wade* de 1973. Igualmente en Francia es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen empero rango constitucional” (Uprimny, s.f., pág. 2)*

En relación con la noción de la novena enmienda como fuente sustantiva para el reconocimiento de derechos fundamentales, ha sostenido el historiador Bernard Baylin que dicha Enmienda hace referencia a un universo latente de derechos en cabeza de todas las personas, todavía llamados a ser protegidos y amparados bajo la ley (Bailyn, 2000); y, sin embargo, esta perspectiva de aproximación a la Novena Enmienda (Paust, 1975), se encuentra justificada por su naturaleza misma, pues tal y como lo sostiene Marshall, no debemos olvidar que hablamos de la constitución, en si misma considerada, “*una constitución pensada para durar para las épocas por venir, y consecuentemente, para ser adaptada a las varias crisis de los asuntos humanos*” (U.S. Supreme Court, *McCulloch v. Maryland*, 1819, Traducción Propia).



Esta interpretación ha sido adoptada de forma predominante por los tribunales a nivel internacional, si bien no por la Corte Suprema de Estados Unidos, para el reconocimiento de derechos innominados en relación con las cláusulas constitucionales de catálogos abiertos de derechos, consignadas entre muchos otros, en el artículo 16 de la Constitución Portuguesa, en el artículo 22 de la Constitución de la República de China, en el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución de Bolivia, en el artículo 72 de la Constitución de Uruguay, en el numeral 07 del artículo 11 de la Constitución de la República de Ecuador y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Andaluz, 2013; Espiell, 1999).

### **1.2.1 Los derechos no enumerados en el caso norte americano**

Como se ha expuesto, la *Novena Enmienda* constituye el modelo base para la adopción de cláusulas de catálogos abiertos de derechos al interior de los textos constitucionales contemporáneos. Sin embargo, en la práctica jurídica los jueces *norte americanos* parecen derivar no directamente de esta, sino por intermedio de su conjugación con el debido proceso de la *Quinta* y la protección igualitaria de la *Catorceava Enmienda*, los derechos innominados de la ciudadanía (Rogge, 1959), en el entendido de que estos garantizan no sólo el núcleo esencial de los derechos, sino también, la igualdad material y la protección de todas las personas bajo la ley (Johnson, 2002).

Esta situación parece obedecer, cuando menos, a tres factores: por un lado, la novena enmienda, es poco más que una declaración de la existencia de derechos no enumerados puesto que ninguna previsión o proceso fue establecido en esta para la determinación de los derechos innominados, su uso resulta problemático. Por el otro, ciertos derechos innominados parecen ser susceptibles de ser protegidos con base en un criterio de conexidad con otros derechos y garantías fundamentales constitucionalmente establecidos, sin que sea necesario para ello reconocer la existencia de un derecho no enumerado (Rogge, 1959, p. 798 y ss.). Por último, las diez primeras enmiendas son aplicables únicamente al gobierno federal y no al estatal, por lo tanto, la utilización de la novena, al momento de adoptar determinadas decisiones judiciales se encuentra seriamente limitada por el ámbito de aplicación normativa (U.S. Supreme Court, *Barron v. City Council Baltimore*, 1833 y U.S. Supreme Court, *Leesee of Livingston v. Moore*, 1833).

Si bien la novena enmienda ha sido usada en concordancia con diversas enmiendas para garantizar la protección de ciertos derechos no enumerados, en casos como *Rode V. Wade* (U.S. Supreme Court, 1973), *Roth V. United States* (U.S. Supreme Court, 1957) y *United Pub. Workers v. Mitchell*

(U.S. Supreme Court, 1947), lo cierto es que con frecuencia se ha preferido recurrir a las cláusulas constitucionales del debido proceso para garantizar su protección<sup>7</sup>.

Así, tal y como sistemáticamente lo expone Rogge en su artículo “Unenumerated Rights”, en *Olmstead v. United States* (U.S. Supreme Court, 1928), se utilizó la protección de la Cuarta contra las búsquedas arbitrarias, en concordancia con el privilegio de la Quinta a no auto incriminarse para objetar la utilización al interior del caso de conversaciones gravadas con violación al derecho de privacidad, en tanto derecho no enumerado. De forma similar, ha sido defendido y reconocido el derecho no enumerado al “Uso de los Correos”, por vía de conexidad con diversas enmiendas constitucionales, frente a la posibilidad de regulación arbitraria o injustificada de este por el Congreso o el gobierno federal (U.S. Supreme Court, *Roth v. United States*, 1957). Frente al particular Olivier Wendell Holmes mencionó, en un voto disidente en *Milwaukee Publishing Co. v. Buleson* (U.S. Supreme Court, 1921), que el uso del correo, en tanto derecho, es tanto parte del derecho al libre discurso como el derecho a usar la lengua, siendo esta postura aceptada y reiterada, entre otras, en *Speiser v. Randall* (U.S. Supreme Court, 1958).

En línea con lo anterior, es claro que la novena ha jugado un pequeño rol en el reconocimiento de derechos innominados, y, sin embargo, su valor no reside en servir, como en efecto lo hizo en *Rode v. Wade*, como un criterio para la justificación y/o reconocimiento de derechos innominados, sino en el hecho de afirmar la existencia y necesidad de protección de los derechos no enumerados, más allá de la cláusulas de debido proceso estipuladas en la quinta y catorceava enmienda, constituyendo por tanto una garantía aun por ser cultivada para la protección de los derechos (Dunbar, 1959).

Frente al particular ha sostenido Schmidt (2003, p. 171 y ss.) que la aplicación de las enmiendas Quinta y Catorceava para la delimitación y protección de derechos no enumerados resulta ilógica para aquellos derechos que no constituyen per se libertades en sentido estricto. Esto en razón a que dichas enmiendas no garantizan por sí mismas derechos sustantivos, por lo que la utilización de la Novena se hace imperativa para el reconocimiento y protección de los derechos innominados, toda vez que esta elimina la habilidad de los jueces -arbitrariedad- de alterar de forma sesgada el punto en discusión, como con frecuencia ocurre al utilizar la catorceava enmienda. Por tanto, es más fácil

---

<sup>7</sup> Para una visión más amplia de la discusión en torno a los derechos innominados en el constitucionalismo norteamericano, véase: Dworkin (1992) y Posner (1992).

alcanzar una solución jurisprudencial a determinada vulneración de derechos fundamentales que se encuentre en consonancia con el lenguaje de la constitución.

En relación con lo anterior G. Garvey (1971) considera que existen, al menos, cuatro argumentos para el establecimiento o consideración de la Novena Enmienda como una fuente sustancial de derechos: primero, la historia y el contexto, en sí mismos considerados de la consagración y nacimiento de la Novena Enmienda no precluyen posibilidad alguna de interpretación de la misma como fuente sustantiva de derechos; segundo, tomar a la Novena como una fuente sustantiva de derechos no enumerados es un enfoque interpretativo que encuentra respaldo entre otras, en *United Public Workers V. Mitchell* (U.S. Supreme Court, 1947); tercera, las reglas de interpretación estatutaria obligan a preferir el significado interpretativo que asigne efecto a la disposición normativa, antes que aquel que la deja sin contenido alguno (Reed, 1998, p. 1143); y cuarto, la sociedad moderna requiere, en concordancia con lo hasta ahora expuesto, una fuente más estable de fundamentación para la protección de los derechos que aquella proveída por el precedente dominante.

### **1.2.2 Los derechos no enumerados en el Common Law**

Sin perjuicio de lo anterior, es menester hacer referencia en tratándose del *Common Law* cuando menos a los casos de Irlanda y Australia en la medida en que los derechos fundamentales en ambos países han sido históricamente el resultado del ejercicio de la función judicial, tal y como se explicitara a continuación.

Así las cosas, es necesario comenzar por enunciar que el catálogo de derechos establecidos por la Constitución Irlandesa de 1937 es corto y su delimitación y enunciación obedece, no sólo a lógicas de mercado liberal, sino al trasfondo religioso que marco su proceso de separación política y social de Inglaterra. Esto ha conllevado a que gran parte de los derechos hoy en día detentados por la ciudadanía irlandesa, se encuentren determinados por la interpretación que de los enunciados constitucionales ha realizado la Corte Suprema de Irlanda. Dicha Corporación, ha reconocido sistemáticamente algunos derechos a partir de las garantías Constitucionales establecidas en los artículos 40 a 44, particularmente en interpretación del artículo 40. S 3.1. de la Constitución, en cuyo tenor se estipuló:

*“El Estado garantiza en sus leyes respetar y, en la medida de lo posible, según sus leyes, defender y reivindicar los derechos individuales del ciudadano”* (Traducción propia)

En concordancia con dicho artículo, la *Corte Suprema* ha reconocido, entre otros, el derecho a la intimidad marital (High Court of Ireland, *McGee V. Attorney General*, 1974), al matrimonio igualitario (High Court of Ireland, *Zappone V. Revenue Commissioners*, 2006) o el derecho a la Privacidad, este último a partir de un proceso de inferencia constitucional mediante el cual se pretendía garantizar su protección en relación con cierto tipo de intromisiones por personas o entidades en la vida de los ciudadanos, tal y como se expuso en *Kennedy V. Ireland* (High Court of Ireland, 1987), en donde:

*“(...) los teléfonos personales de dos periodistas políticos fueron intervenidos en virtud de una orden del Ministro de Justicia de la época con fundamento en la seguridad nacional. Los periodistas en consecuencia demandaron al Estado por los perjuicios causados con la violación a su privacidad. La Corte Suprema sostuvo que la privacidad de estos había sido violada y que el Derecho Constitucional a la intimidad incluía el derecho a mantener conversaciones telefónicas privadas sin deliberadas, conscientes e injustificadas instrucciones de parte de los servidores públicos (...)”* (Caplin, S.f., p. 2, Traducción Propia)

Siguiéndose de la sentencia que:

*“La naturaleza del derecho a la privacidad debe ser tal que asegure la dignidad y libertad de un individuo en el modelo de sociedad planteado por la constitución, es decir, una sociedad soberana, independiente y democrática. La dignidad y la libertad de un individuo en una sociedad democrática no puede ser asegurada si sus comunicaciones privadas, bien sean escritas o telefónicas, son deliberada, consciente e injustificadamente obstaculizadas e interferidas”.* (High Court of Ireland, 1987, Traducción propia)

De esta forma, la dignidad humana ha sido utilizada por el Tribunal Irlandés al menos en dos sentidos, por un lado, se presenta como una fuente o justificación normativa para el proceso de reconocimiento del derecho innominado a la privacidad y, por el otro, se presenta como un criterio interpretativo auxiliar para determinar que la intervención de los teléfonos en el caso bajo análisis era injustificada e inconstitucional (O’Mahony, 2016).

Por su parte, la constitución Australiana se compone de múltiples documentos, entre los cuales, el Acta de Constitución de la mancomunidad de Australia sea probablemente la pieza central, sin perjuicio de los importantes aportes que a la configuración del modelo estatal realizan la Acta de adopción del Estatuto de *Westminster* de 1942, mediante la cual Australia se convirtió de facto en un país independiente, y el Acta Australiana de 1986, mediante la cual se cortan los vínculos constitucionales entre Australia y el Reino Unido (Daugherty, 2016).

Dicho cuerpo normativo es susceptible de ser interpretado por la Alta Corte de Australia y la Corte Federal Australiana, que de acuerdo con las secciones No. 30 y 39b de la ley de la función judicial (Judiciary Act) de 1903, poseen la competencia para fijar el alcance y aplicación de la constitución en ejercicio de la función judicial, disposición que resulta de particular importancia al momento de proteger los derechos de la ciudadanía, si se tiene en consideración que los documentos que integran la Constitución Australiana no contienen, desde ninguna óptica, un conjunto garantizado de derechos humanos o fundamentales, toda vez que los derechos explícitamente protegidos frente a la unión, se limitan a: la libertad religiosa protegida bajo la sección 116 del Acta de Constitución Australiana, el juicio por jurados bajo la sección 80 de la Constitución Australiana y compensación en justo termino por la adquisición de terrenos por parte de la ciudadanía bajo la sección 51 de la Constitución Australiana (Dixon, 2016; High Court of Australia , 1982; 1983; 1983<sup>a</sup>; 1985; 1988; 1993; 2000).

Corolario de lo anterior, la *Corte Suprema* ha sostenido desde la década de los noventa, en aras de la protección de las libertas civiles y políticas, que la constitución posee de hecho un amplio catálogo de derechos implícitos, susceptibles de ser derivados a partir de los términos o la estructura de la constitución (High Court of Australia, 2010, 1996a), el cual incluye, entre otros:

1. El Derecho al Voto, inferido a partir del contenido de las secciones 7 y 24 de la Constitución que exigen que el parlamento sea directamente elegido por el pueblo, ha sido reconocido sistemáticamente a través de una línea jurisprudencial que pasa, entre otros, por: *Rowe v Electoral Commissioner*, *Holmdahl v Australian Electoral Commission*, *Murphy v Electoral Commisioner* y *Day v Australian Electoral Officer for the State of South Australia* (Hill, 2017). A este derecho, se encuentra aparejado el derecho a la libertad de comunicación política, estatuido a partir de dos casos decididos en 1992 -*Nationwide News Pty Ltd v Wills / Australian Capital televisión Pty Ltd v Commonwealth*-, en el entendido de que el ejercicio del voto en una sociedad democrática requiere ser informado, y, por tanto, no puede limitarse el acceso a la libertad de comunicación política (Jones, 1996).
2. El debido proceso, ha sido entendido, si bien no pacíficamente, como Derecho Fundamental, en la medida en que limita la arbitrariedad judicial y estatal, en pro de la protección de las libertades fundamentales de cada uno de los asociados (High Court of Australia, 1996, 1997). Este derecho ha sido reconocido como un principio en un intento por desarrollar y proteger frente al legislador el marco de operación y funcionamiento del “poder judicial”, en el entendido que el Acta de Constitución limita o elimina, bajo el capítulo Tercero (III), la competencia del poder legislativo para alterar el carácter, funcionamiento y

poder del poder judicial de la unión (Bateman, 2009; McHugh, 2001). Esto se debe a que, con ocasión de la interpretación constitucional de esta institución, el tribunal ha llegado a considerar que el debido proceso estatuido en el Capítulo tercero constitucional no posee una naturaleza análoga a la quinta y catorceava enmienda de la Constitución de Estados Unidos (Winterton, 1994, pp. 204-205).

Pese a lo anterior, el debido proceso ha sido entendido como Derecho Fundamental, en la medida en que limita la arbitrariedad judicial y estatal, en pro de la protección de las libertades fundamentales de cada uno de los asociados.

### **1.2.3 El artículo 3 de la Carta Fundamental Peruana y su interpretación por el Tribunal Constitucional Peruano**

Una vez analizada la existencia y utilización de cláusulas de derechos innominados en América Latina, se seleccionó el caso de Perú para su revisión como parte del estado del arte de la presente investigación, toda vez que no sólo coincide temporalmente en su expedición con la promulgación de la constitución colombiana de 1991, sino que la forma en que jurisprudencialmente ha reconocido la existencia de derechos y obligaciones el alto tribunal del Perú se asemeja a la empleada por la Corte Constitucional.

Así las cosas, es necesario poner de presente, en primer lugar, la existencia y extensión de la cláusula de derechos innominados en la constitución peruana, en cuyo artículo tercero se establece que:

*“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.*

Frente al alcance y funcionalidad de dicha cláusula o enunciado normativo, ha sostenido la doctrina que:

*“(…) el Artículo 3° de la Constitución se proyecta la individualización de nuevos derechos no prescritos, esta explicación y sistematización está en función a la aplicación de los derechos innominados (...) de manera que a partir de la norma abierta del Artículo 3 de la Constitución pueden ingresar como derechos fundamentales reconocidos detalladamente en la ley especificaciones a los derechos globalmente enumerados en la constitución. (...) los derechos innominados enriquecen el*

contenido constitucional de los derechos expresamente establecidos y constituyen una fuente adicional de significados constitucionales para la interpretación jurídica” (Rubio, 2005, p. 92 y 93)

Los derechos así reconocidos tienen su Genesis en la dignidad y realización de la persona, en tanto ser humano, y han sido reconocidos por la vía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional en atención al artículo 201 de la Constitución de 1993 y demás normas concordantes, de acuerdo con las cuales le ha sido asignada a este órgano la salvaguarda de la constitución y las garantías fundamentales. En concordancia con lo anterior, consideró el Tribunal Constitucional en Sentencia 1230-2002-HC/TC, al regular el derecho constitucional de libertad, que: *“El reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático”*.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, el Tribunal ha reconocido como fundamentales, entre otros:

- Los derechos de los consumidores al acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, reconocidos en consonancia con el artículo 65 de la constitución, como forma de limitar la posición dominante de las compañías y proteger al extremo más débil en la relación contractual de consumo (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003).
- El Derecho a la verdad, en tanto garantía de las víctimas y sus familiares, de la represión sufrida por diversos estamentos de la sociedad al marco del conflicto armado, a conocer la verdad de los hechos, sin importar el régimen de prescripción o quien fue el actor armado que practicó la desaparición u otra conducta contraria a los derechos humanos. Este, posee de acuerdo con el tribunal una configuración autónoma que lo distingue de otros derechos a los cuales se encuentra vinculado y, por tanto, “si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de garantías constitucionales” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 2488-2002-HC/TC, 2004).

### 1.3 La cláusula del catálogo abierto de derechos y la conceptualización de los derechos innominados en Colombia

Frente a dicho enunciado normativo, se dijo en el proceso de redacción y consolidación de la constitución, que:

*“Esta norma tiene por objeto recalcar el carácter protector del capítulo constitucional sobre derechos y garantías, de manera tal que en ningún caso pueda el mismo esgrimirse para desconocer un derecho que pese a no haber enunciado expresamente, haga parte de la naturaleza de la persona humana. Se ha pretendido enunciar de manera más amplia y comprensiva los derechos humanos, pero se quiere precaver la posibilidad de que en determinadas circunstancias de hecho se le quiera dar un sentido restrictivo a la carta de derecho”.* (Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991, p. 10)

Si bien es cierto que el enunciado del artículo 94 constitucional ha sido usado de forma restringida como criterio explícito para el reconocimiento de Derechos innominados, como se hizo en el caso de los derechos a conocer la filiación jurídica (Corte Constitucional, Sentencia C-109, 1995) y a la identidad sexual (Corte Constitucional, Sentencia T-477, 1995), probablemente con la finalidad de limitar la arbitrariedad judicial (Uprimny, s.f., p. 20), lo cierto es que su utilización se encuentra implícita en todo proceso de reconocimiento de derechos, no expresamente enunciados en la constitución, por los jueces, al establecerse en este artículo, de forma explícita, la existencia de los mismos.

De lo anterior, parece seguirse que el reconocimiento de los derechos innominados a partir de la labor interpretativa de la Corte Constitucional supone, cuando menos, constituir un ejercicio de producción normativa, que si bien podría resultar coherente en términos materiales con el contenido de los artículos 94 y 241 superiores, carecería en principio de validez al no obedecer el principio de separación de poderes, toda vez que la competencia de hacer las leyes se encuentra en cabeza del Congreso de la república de acuerdo con el artículo 150 Constitucional.

En este sentido, los “derechos innominados” presentan un triple problema en términos de cognición, metodología para su reconocimiento y protección, como consecuencia de la ausencia de validez formal al no obedecer su creación a un proceso deliberativo adelantado por el legislador, único facultado para la producción normativa (Quinche, 2012), sino a un proceso interpretativo de las normas y principios de raigambre constitucional, a partir de los cuales se derivan, crean o reconocen -según la óptica del derecho que se asuma- (Ahumada, 2003). Ello es así porque el proceso de interpretación constitucional aparejado a su reconocimiento es percibido como un sistema de



incentivos al interior del cual se busca resolver un conflicto en los términos requeridos por el margen de interpretación constitucional y los hechos con la finalidad de evitar una vulneración a derechos o un resultado injusto.

Ahora bien, en relación con el abordaje de los derechos innominados por parte de la doctrina, es importante resaltar el trabajo de Ferreira Causil (s.f.) quien partiendo de un ejercicio histórico y comparativo a diversas cláusulas de catálogos abiertos de derechos, concluye que la cláusula estipulada en el artículo 94 constitucional, tiene como finalidad el permitir por vía jurisprudencial la ampliación del catálogo de derechos, compuesto de forma originaria de 72 derechos enumerados o claramente enunciados en la constitución.

Ahora bien, de acuerdo con la Dra. Sueli-cock (2016):

*“La integración y movilidad de los derechos innominados mediante la cláusula del artículo 94, se ha realizado a la luz de los tratados internacionales que componen el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y lato. Así puede observarse que en una primera etapa, la Corte Constitucional amplió el alcance del bloque de constitucionalidad, a la luz de los tratados internacionales y con base en ello, ha reconocido derechos. Este artículo es una cláusula abierta de la Constitución que expresa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. La ampliación de la interpretación de derechos existentes y los derechos innominados se puede explicar por un tipo de interpretación evolutiva y dinámica de la Corte con base en el bloque de constitucionalidad (...)” (p. 352 a 353).*

En concordancia con lo expuesto, Jorge León Molina (2016), ha dicho que los derechos innominados tienen como finalidad constituirse en criterios para ampliar el espectro normativo del sistema jurídico. A la vez evidencian los vacíos propios del derecho positivo al momento de definir los sistemas jurídicos y los dinamizan, a partir de un proceso de carácter interpretativo, que aunque problemático, surge de la vocación de garantía que tiene esta clase de derecho, conllevando por tanto, implícitamente una aceptación del hecho que:

*“(...) la distinción entre las reglas y principios no es más que una distinción de corte instrumental, en virtud de la cual, se determina la implicación de ciertos derechos a circunstancias en las cuales inicialmente, dentro de la praxis jurídica, no estaban abogadas. Este análisis lo hace un juez, quien tiene una función dual: determinar la aplicación de los derechos a implicar o determinar nuevos derechos al conjunto existente de los mismos” (pág. 30)*

En este sentido, es pertinente traer a colación lo establecido por García Jaramillo (2012), al afirmar que:

*“Las constituciones contemporáneas positivizaron números derechos, con posterioridad la jurisprudencia amplía dicho catálogo incluyendo derechos fundamentales innominados y se establecieron mecanismos judiciales para su garantía directa. Estas transformaciones corresponden a la idea germana de Estado democrático de derecho en virtud de la cual los derechos sociales y los civiles deben ser integrados.*

*En Colombia, el capítulo sobre protección y aplicación de derechos contiene una “cláusula de derechos innominados”, en virtud de la cual la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Todo derecho constitucional orientado a lograr la realización de la dignidad humana, y siempre que sea traducible en derecho subjetivo, tiene la naturaleza de derecho fundamental en la medida en que guardar la integridad de la Constitución y mantener su supremacía implica sobre todo preservar la igual dignidad de todas las personas” (p. 111)*

Por último, Martha Cecilia Paz (2012) ha dicho en relación con los derechos innominados como parte de las garantías al derecho a la salud que los mismos han sido justificados por la Corte Constitucional, en tanto fundamentales, a través de tres hipótesis diferentes: la primera, la conexidad con otros derechos de alcance fundamental, la segunda, su fundamentalidad en relación con su afectación en tratándose de sujetos de especial protección constitucional, y, tercero, su reconocimiento de manera autónoma a partir de la aceptación de dos postulados: i) la fundamentalidad de un derecho cuando se encuentra dirigido a lograr la dignidad humana y ii) la premisa según la cual un derecho prestacional se transmuta en un derecho subjetivo una vez que su contenido se encuentra definido de forma concreta y clara. Afirmando, de igual forma que:

*“(…) en Colombia, siguiendo pautas del constitucionalismo moderno, el elenco de derechos fundamentales no obedece a un numerus clausus que restrinja la inclusión de otros que, anclados en la dignidad humana o en otras cláusulas de libertad o autonomía, no puedan protegerse por los jueces constitucionales. El artículo 94 de la Constitución colombiana establece una cláusula general y abierta de consagración de derechos al establecer que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Surgen de este enunciado los llamados derechos fundamentales innominados, cuyos ejemplos paradigmáticos en el ámbito general colombiano son los derechos al mínimo vital, a la dignidad (como derecho), el derecho a la seguridad personal y el derecho a la estabilidad laboral reforzada; otros ordenamientos, como el*

*peruanos, por ejemplo, consagran igualmente derechos que, sin estar a nivel positivo, caen en la categoría d “otros derechos”, como pueden ser el derecho al agua, el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la verdad” (Paz, 2012, p. 407).*

En síntesis, de lo expuesto a lo largo del presente capítulo, es posible afirmar que bajo el rotulo de derecho fundamentales se agrupan tanto aquellos derechos que emanan del individuo y se consagran en un momento determinado, como aquellos derechos que debido sus características particulares e importancia son reconocidos o traducidos en una regla de derecho subjetivo, cuya finalidad sea el aseguramiento y protección de la dignidad humana, en tanto elemento estructural del derecho constitucional y el Estado Social de Derecho. Ahora bien, entre los derechos fundamentales, se encuentran los denominados Derechos innominados, no enumerados o implícitos, cuyo reconocimiento, creación o inferencia por vía jurisprudencial se realiza en atención a la existencia de cláusulas no enumerativas o catálogos abiertos de derechos al interior de la norma fundante de un determinado ordenamiento jurídico, cuya finalidad es la de ampliar el margen de protección de los ciudadanos frente al poder, siendo este el caso del artículo 94 Superior en el ordenamiento jurídico Colombiano, a partir del cual la Corte Constitucional ha reconocido, entre otros, el Derecho al Mínimo Vital, a la Seguridad Personal Frente a Riesgos Extraordinarios y el Derecho al Olvido.

## 2. Validez, interpretación y vinculatoriedad del precedente

“I knew, of course, that some judges did follow “hunches”, “guesses” I indignantly called them. I knew my Rabelais, and had laughed over without catching the true philosophy of old Judge Bridle goose’s trial, and roughly, in my youthful, scornful way, I recognize four kinds of judgments; first the cogitative, of an by reflection and logomancy; second, aleatory, of and by the dice; third, intuitive, of and by feeling or “hunching”; and fourth, asinine, of and by an ass; and in the same youthful scornful way I regarded the last three as only variants of each other, the results of processes all alien to good judges...”

Hutcheson Jr, J. (1929, p. 275)

El presente capítulo tiene como finalidad delimitar el alcance y extensión del concepto de validez normativa, así como presentar sintéticamente las teorías existentes en torno a la creación jurisprudencial del derecho y la vinculatoriedad del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano. Para ello se parte, en la primera parte del capítulo, de una somera exposición del concepto de validez y los debates teóricos doctrinarios que entorno al mismo existen, dando prelación a la discusión Kelsen-Hart-Dworkin. Por su parte, en el segundo apartado del presente capítulo se presenta una breve descripción de las discusiones existentes en torno a la creación de normas jurídicas por parte de los jueces al decidir los casos sometidos a su conocimiento. Por último, en el tercer apartado se desarrolla la vinculatoriedad del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aras de delimitar el marco teórico para la resolución de la presente investigación.

Es del caso resaltar que en la elaboración del primer apartado del presente capítulo, tomando en consideración los lineamientos planteadas para la realización del presente trabajo, se pretende erigir como eje central de la discusión la teoría Harteana en la medida en que, tal y como lo sostiene Dworkin, “(...) aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart” (1992, p. 65).

De igual forma, es necesario reconocer en aras de la claridad enunciativa que en la reconstrucción del concepto de validez se han dejado de lado las teorías Iusnaturalistas y del Realismo Norteamericano, en la medida en que las primeras parten de la existencia de unos principios universalmente válidos, no verificables y exógenos a la actividad humana e íntimamente ligados a una noción universal de justicia, que consideramos es irrealizable en todas las sociedades, en la medida en que su conceptualización y delimitación se antoja vaga y no obedece a criterio unívocos que permitan delimitar los elementos constitutivos de validez o el concepto en sí mismo considerado (García Máynez, E., 1968, pp. 43 y ss.).

Por su parte, el abandono al Realismo Jurídico Norteamericano se justifica en la medida en que este niega, al menos en su vertiente clásica, la distinción entre validez y eficacia, o mejor, reduce la primera a la materialización de la segunda, al establecer que el conjunto normativo es poco más que un conjunto de predicciones de lo que el juez hará y, por lo tanto, no es posible afirmar la existencia del derecho con antelación a la decisión judicial (Holmes, 1897, p. 457), posición difícilmente sostenible en la medida en que, tal y como apunta Hart (2012), si no existen normas de forma previa a la decisión judicial, tampoco existen reglas de competencia que permitan identificar a los jueces, y por tanto, no existe el poder judicial en sí mismo considerado (Köpgke, 2015).

## 2.1 Validez y modelos normativos

### 2.1.1 El concepto de validez

Si bien el concepto de validez reviste un alto grado de ambigüedad<sup>8</sup>, el mismo, es susceptible de ser entendido, desde una mirada imbricada por el positivismo jurídico, como la cualidad que determina la pertenencia de una disposición normativa a un determinado ordenamiento (López, 2004). Sin embargo, más allá de las raíces positivistas del concepto de validez, este se ha incorporado al lenguaje de los juristas a tal punto que en la actualidad es imposible comprender o concebir una teoría del derecho y los ordenamientos normativos prescindiendo del mismo (Vigo, 2016, p. 100).

En efecto, tal y como lo sostiene Marmor (2011), el debate teórico entre el positivismo y las otras conceptualizaciones de los ordenamientos jurídicos se erige esencialmente a partir de las condiciones de validez jurídica, en la medida en que, sólo a partir de dicho concepto, es posible abordar las discusiones entorno a *¿qué es el derecho?* y *¿qué es lo que otorga vinculatoriedad a ciertas disposiciones o reglas en términos jurídicos?*

Así las cosas, el concepto de validez, reviste tanto una dimensión de justificación, como una dimensión descriptiva, o lo que es lo mismo, una dimensión formal o de existencia y una dimensión material o sustantiva. La primera de estas dimensiones implica el cumplimiento de una serie de requisitos y/o procedimientos para la producción de la norma, así como la competencia del órgano del cual emana. Por su parte, la segunda, se encuentra ligada con la compatibilidad de la norma en cuestión con el contenido de las normas y principios constitucionales (Rodenas, 2007; Guastini, 2015; y Aguilo, 2000).

Retomando, el concepto de validez implica que para que una norma sea tenida como jurídica, debe cumplir con un elemento de validez intrínseca, en tanto la “validez” es el modo de existencia específico de la norma en un sistema jurídico determinado, así como el criterio de integración de esta a un determinado ordenamiento jurídico. En este sentido, es posible predicar, de acuerdo con Eric Millard (2006, pp.59-62) que una norma es válida, si:

---

<sup>8</sup> En sentido similar véase la discusión planteada por Alf Ross (2008) en su texto *“El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”*.

1. El enunciado normativo que la compone es susceptible de ser diferenciado de aquellas normas que no son jurídicas y de aquellas normas que siendo jurídicas forman parte de otros sistemas, encontrándose su validez determinada por su conformidad con otras normas del sistema y no por su valor moral o religioso.
2. El sistema normativo o el sistema para su producción define una jerarquía normativa que es más construida que constatada, en cuya cumbre se encuentra una norma suprema que funda la validez de todas las demás.

### **2.1.2 Validez y positivismo normativo**

Explicitado lo anterior, es menester analizar la forma en que el criterio de validez se imbrica o relaciona con las diferentes teorías jurídicas o conceptualizaciones de las normas, partiendo de una aproximación a los lineamientos teórico-doctrinarios del positivismo normativo, así como de las críticas realizadas por Ronald Dworkin y otros autores. En este sentido, es menester iniciar por mencionar que bajo el rotulo de positivismo jurídico se agrupa una corriente de pensamiento jurídico filosófico, que sostiene una separación conceptual entre los conceptos de moral y derecho, así como la vinculación lógica o necesaria entre ambos, en la medida en que es posible identificar la totalidad del derecho a partir de las fuentes sociales (Moreso, 2004).

De acuerdo con Ronald Dworkin esta corriente de pensamiento se estructura a partir de una serie de proposiciones centrales que conforman su esqueleto, a saber:

1. *“El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar que comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos”* (Dworkin, 1992, p. 65) Este, es susceptible de ser identificado o conocido a partir de criterios específicos que evidencian su validez.
2. El “derecho” se agota en el conjunto normativo válido, debiendo resolverse los casos que no encajan bajo ninguna de las normas en aplicación de un criterio de discrecionalidad judicial (Dworkin, 1992, pp. 65 y 83).

3. El afirmar que “*alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga [...] En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a es te conflicto*” (pág. 66).

Ahora bien, para Hans Kelsen (1997) el concepto de validez normativo implica: i. la existencia de la norma en tanto constructo ideal, ii. el carácter vinculante de esta para sus destinatarios y iii. su producción por el órgano legislativo del estado a partir del monopolio de la producción normativa (Delgado, 1990; Díaz, 2011). Dicha teoría, sólo busca

*“(...) conocer lo que es y lo que puede ser el Derecho, y no si es justo o podría serlo. Consecuentemente, la norma es una relación de imputación y no de causalidad, pues la ciencia del derecho no pretende dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas, sino que expresa un “deber ser” donde la voluntad de alguien atribuye a un hecho una consecuencia. Al momento de elaborar una norma jurídica interesa el lenguaje, esto es, se centra en la redacción de la norma y que ésta sea coherente y lógica con el resto del ordenamiento jurídico” (Bostiancic, 2008, p. 233)*

De allí que Bostiancic (2008) afirme categóricamente en relación con la teoría Kelseniana, al considerar la pretensión de pureza de esta, que:

*“(...) la concepción Kelseniana del derecho maneja una visión estrictamente formal de la validez de las normas jurídicas que depende exclusivamente de criterios formales tales como su creación por una voluntad autorizada a través del procedimiento establecido en una norma superior. (...) Consecuentemente, la elaboración de las normas jurídicas refleja un proceso donde la voluntad del legislador no está sometida a exigencia racional alguna respecto del contenido de lo mandado, arrojando como resultado un sistema jurídico que se articula como un entramado de delegaciones de poder en el que cada autoridad queda libre para decidir el contenido de las normas que impone (...) Kelsen reconstruye la unidad del orden jurídico sobre la base de la existencia de una relación de regulación de la producción entre sus normas exponente del carácter institucionalizado que singulariza al Derecho frente a otros fenómenos normativos. De esta forma, la unidad del sistema se trata de una unidad formal que afecta el modo en el que las normas han sido establecidas y no su contenido” (p. 234)*

En efecto, para Kelsen (1997) la validez de una determinada disposición jurídica se encuentra dada por la derivación normativa de la “*Grundnorm*”, cuya validez no puede deducirse de una norma



superior o cuestionarse, toda vez que constituye el fundamento de validez del sistema jurídico, con independencia de su carácter estático o dinámico. Ahora bien, un sistema normativo, es susceptible de ser catalogado como estático cuando su fundamento de validez y la fundamentación del contenido válido son derivados de una norma propuesta como norma fundante básica. Por su parte, un sistema normativo será dinámico cuando su validez, sólo pueda fundarse:

*“En una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez, pero no al contenido válido, de las normas en ella fundadas. Estas normas constituyen un sistema dinámico de normas”* (Kelsen, 1997, p. 204).

De allí que sea posible afirmar categóricamente la pertenencia de una norma a un orden jurídico, no en virtud de determinado contenido, sino por cumplir en su proceso de formulación con lo postulado por la norma fundante básica<sup>9</sup>. Así las cosas,

*“[...] el sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta”* (Kelsen, 1997, p. 205).

De acuerdo con lo expuesto, es posible afirmar que en la concepción Kelseniana del derecho se encuentra implícita una visión mayoritariamente formal del concepto de validez, en la medida en que este depende únicamente de criterios operativos, tal y como lo es su creación a partir de una voluntad autorizada mediante un procedimiento predeterminado o establecido por una norma de superior jerarquía (Díaz, 2011, p. 107).

De allí que la conceptualización Kelseniana del derecho constituya una reafirmación del *“monopolio estatal de la producción jurídica y, por tanto, del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y antes aún existente”* (Ferrajoli, 2001, p. 32).

Si bien la influencia de esta concepción sobre el ordenamiento jurídico Colombiano es aún hoy visible a partir de las interpretaciones literales del artículo 230 Superior, el modelo iusteorisista

---

<sup>9</sup> *“Las normas de un orden jurídico tienen que ser producidas por un acto particular de imposición. Son normas impuestas, es decir, normas positivas, elementos de un orden positivo”* (Kelsen, 1997, p. 206)

planteado por Hans Kelsen es insuficiente para explicar el concepto de validez normativa, en la medida en que la dependencia de la norma fundamental del sistema que pretende explicar conlleva una aproximación tautológica al fenómeno de la validez (Peña, 2012, p. 29). Así mismo, al considerar las normas como una mera relación de imputación, la teoría de Kelsen genera un distanciamiento notable respecto de la realidad, en la medida en que se convierte en un mero silogismo que no da cuenta del contenido material normativo o el escenario social en que se inserta (Goldschmidt, 1978, p. 440).

### 2.1.3 El Concepto de Derecho y la Regla de Reconocimiento en Hart

Para Hart, la validez de una determinada proposición normativa se encuentra dada por su correspondencia con la “Regla de Reconocimiento”. Esta, tal y como lo sostiene García (2010), es susceptible de ser considerada como una reformulación de la norma fundamental Kelseniana a partir de la implementación de la filosofía analítica del lenguaje y el abandono de su carácter hipotético, a partir de su constitución en un hecho, o “(...) *práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios*” (Hart, 2012, p. 137). De esta forma, es posible afirmar que la regla de reconocimiento se refleja, en últimas, en el proceso de aplicación judicial de las normas por parte de los jueces, pues esta, en tanto regla secundaria dota de autoridad a un individuo para identificar las reglas primarias de obligación y su pertenencia a un determinado sistema jurídico.

La teoría postulada por Hart se construye en contraposición al modelo simple de las normas para el que el Derecho se encuentra determinado por la emisión de órdenes respaldadas por amenazas que son generalmente obedecidas en virtud de una creencia generalizada de materialización de las amenazas en caso de incumplimiento normativo (Hart, 2012, p. 137). En efecto, Hart (2012) considera que este modelo es cuestionable en la medida en que:

1. No sólo existen leyes que establecen obligaciones de hacer o no hacer, sino también normas que confieren poderes a los particulares y los jueces, normas que delimitan el diseño estatal y normas que establecen criterios interpretativos (García, 2010, p.2). Por lo tanto, las ideas de “(...) *orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero no de la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas*” (Rodríguez, 1997).

2. Esta teoría, *“no explica el carácter continuo de la autoridad para crear derecho que posee una sucesión de legisladores diferentes y la persistencia de las normas mucho después que su creador y quienes le prestaban obediencia habitual han desaparecido. También cuestiona el carácter ilimitado e ilimitable que la teoría de Austin atribuía al soberano. Esto lleva a Hart a buscar el fundamento del sistema jurídico (...) en un hecho, pero no ya en la existencia de un soberano, sino en la de un determinado tipo de regla social, la regla de reconocimiento”* (García, 2010, pp. 2-3)

Lo anterior, lleva a Hart (2012) a proponer el “modelo complejo” de las normas a partir conceptualización de un sistema compuesto por reglas primarias, aquellas que imponen o establecen deberes de conducta, y reglas secundarias, aquellas por las cuales las reglas primarias devienen en derecho (Regla de Reconocimiento, Regla de Cambio y Regla de Adjudicación). En efecto:

*“Mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible”* (Hart, 2012, p. 106)

Ahora, para Hart (2012, pp. 129-135), la Regla de Reconocimiento proporciona los criterios para la determinación de la validez de otras reglas, sin encontrarse en todo caso subordinada a los criterios de validez jurídica establecidos para las demás disposiciones normativas, en la medida que no puede ser válida o inválida por ser la fuente efectiva de los criterios de validez del ordenamiento (Jiménez, 2009; García, 2010). De allí que, tal y como lo sostiene García (2010), esta existe de una forma diferente a las demás normas del ordenamiento jurídico, en la medida que sólo viene a ser, en tanto *“practica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”* (Hart, 2012, p. 137)

De allí que Hart (2012) considere que afirmar que una determinada regla es válida implica:

*“(...) reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema. Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Esto es incorrecto solo en la medida en que podría oscurecer el carácter interno de tales enunciados; porque como la expresión “saque lateral” usada en el fútbol, estos enunciados de validez normalmente aplican a un caso particular una regla de reconocimiento aceptada por quien*

*los formula y por otros, y no enuncian expresamente que la regla ha sido satisfecha” (Hart, 2012, p. 129).*

En concordancia con lo expuesto, la regla de reconocimiento es en cierto sentido una regla última, en la medida que su validez no es susceptible de ser derivada de otra regla o disposición, sino que esta se justifica a sí misma, en tanto cuestión de hecho.

#### **2.1.4 Textura abierta del derecho e interpretación normativa: entre los casos fáciles y los difíciles**

Tal y como lo señala Oscar Duque Sandoval en su obra “Concepciones del derecho y discrecionalidad judicial”, es posible afirmar que en la teoría formulada por Hart el derecho:

*“(…) se expresa mediante lenguaje, y el lenguaje es usado para comunicar algo. De esta forma, sostiene, lo que habitualmente se comunica son pautas normativas generales que se refieren a clases de individuos y no a sujetos particulares. De este modo, la comprensión del derecho consiste, en gran medida, a la comprensión del lenguaje en que éste se expresa y de uso específico dentro del marco jurídico. Desde esta perspectiva, Hart concibe el derecho como un fenómeno básicamente comunicacional; es decir, como un mecanismo para guiar la conducta mediante reglas generales identificables a partir del lenguaje en el que se formulan los textos normativos. En este sentido, es el lenguaje el que delimita la comprensión del contenido del derecho ya que, de una parte, la posibilidad de comunicación exige un amplio grado de determinación respecto al significado de las expresiones lingüísticas en que se consignan las formulaciones normativas, y de otra, en cuanto la misma naturaleza del lenguaje general impone límites asociados con la textura abierta de las reglas jurídicas; es decir, a la posibilidad de encontrar casos cuya inclusión dentro del campo de aplicación de una regla sea dudosa” (Duque, 2007, p. 73)*

Dicha indeterminación del lenguaje supone a que para Hart existan en la práctica dos escenarios diferenciados de aplicación del derecho, a saber, los casos fáciles o aquellos en los cuales la aplicación de una disposición normativa a una determinada situación no presenta duda, y los casos difíciles, entendidos como aquellos casos en que la indeterminación semántica, bien sea por la vaguedad, bien por la ambigüedad, dificulta la determinación de la aplicación de un supuesto normativo a una situación fáctica determinada (Navarro, 1993).

Es precisamente en virtud de la indeterminación lingüística que Hart (2012) reconoce la existencia de discrecionalidad judicial, en la medida en que existirían casos en que no es posible clasificar ninguna de las potenciales alternativas de solución a un caso como correcta.

*“Como ya se anotó, aspecto característico de positivismo Harteano es justificar la indeterminación parcial del derecho sobre la textura abierta del lenguaje y, al mismo tiempo, distinguir aquellos casos cuya resolución es compleja de aquellos que carecen de solución jurídica y que, por tanto, están conectados con la actividad discrecional (...)*

*Casos Ciertamente difíciles. Son aquellos supuestos que carecen de respuesta jurídica, esto es, casos que carecen de una calificación deóntica al estar normativamente indeterminados. Como se anotó, la indeterminación normativa suele estar vinculada a la existencia de lagunas jurídicas, contradicciones y situaciones de indeterminación semántica. Este último problema es en el que ha centrado la atención prioritaria del positivismo Harteano, articulando lo que cabría denominar casos semántica difíciles, entendidos como aquellos en los que una proposición jurídica no es verdadera ni falsa porque no es posible incluir el caso dentro de la extensión de los términos generales en los que se formula una regla jurídica, pero tampoco es posible excluirlo de esta extensión (...)*

*Con todo, los principales exponentes del positivismo Harteano mantienen una posición homogénea respecto a cuando cabe afirmar que existe un caso semánticamente difícil. Si la determinación del significado de los textos normativos depende de las prácticas lingüísticas compartidas, el desacuerdo y la ausencia de convenciones firmes genera un caso difícil. En este contexto, la adjudicación tiene un carácter discrecional, más no arbitraria; pues, la decisión acerca de lo que dice el Derecho requiere una interpretación, es decir, la sustitución de una regla por otra o, lo que es lo mismo, imponer un significado a una formulación normativa mediante alguna reconstrucción plausible de su contenido, actividad que, siguiendo a Marmor, ya no está sujeta a reglas y convenciones lingüísticas aunque puede ser controlada a través de paradigmas interpretativos que incluyan criterios extrajurídicos de aceptabilidad o admisibilidad dentro de una comunidad, tesis bastante cercana a la discreción débil planteada por el interpretativismo”. (Duque, 2007, pp. 80-82)*

### **2.1.5 El debate Hart – Dworkin**

Tal y como lo sostienen María Dolores Pérez, en desarrollo de lo planteado por Carrio (1981, p. 44) las críticas formuladas por Dworkin a la teoría de Hart son principalmente dos:

*“Primera, la crítica a entender el derecho solamente como un complejo de reglas, sin atender a otras pautas jurídicas presentes en el derecho que no son reglas sino “principios”; segunda, la crítica de Dworkin sobre la idea de Hart respecto del razonamiento judicial en los “casos difíciles”, es decir, la*

*admisión por parte de Hart de una textura abierta del derecho que permite la “discrecionalidad judicial”, posición que también critica Dworkin porque es propia de una idea del derecho tan sólo constituida por reglas, mientras que si se ve el derecho compuesto también por “principios”, entiende Dworkin, que no habría lugar para discrecionalidad judicial alguna, pues cuando no hay regla aplicable al caso, siempre habrá un principio jurídico para aplicar” (Pérez, 2010, p. 12).*

En concordancia con lo anterior, la primera observación formulada por Ronald Dworkin a Herbert Hart, estriba en la posibilidad de identificar el derecho válido mediante la aplicación de la regla de reconocimiento, en la medida que Dworkin (1985; 1992) considera que la tesis positivista que faculta identificar el derecho con reglas es falsa, puesto que los sistemas jurídicos no sólo se encuentran compuestos por “reglas”, sino también por “principios”, entendidos como estándares que deben ser observados, “no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de moralidad” (Dworkin, 1992, p. 72).

Para Dworkin, los principios se distinguirían de las normas, desde una dimensión lógica, en la medida que “ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (Dworkin, 1992, pág. 75). De esta forma, los principios se diferenciarían de las reglas en la medida en que: i. no establecen consecuencias jurídicas directas a partir de la satisfacción de una serie de circunstancias y ii. se encuentran permeados por una dimensión de la que carecen la norma, a saber, la dimensión de peso y/o importancia. En efecto, tal y como lo sostiene Dworkin:

*“(…) cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia [...] las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes [...]. En este sentido una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso” (Dworkin, 1992, p. 77-78).*

Ahora bien, a las críticas planteadas por Dworkin (1985), responde Hart en el “*Post-Scriptum al concepto de derecho*”, afirmando que:

- i. La regla de reconocimiento y la conceptualización del derecho como un conjunto de reglas, contrario a lo planteado por Dworkin, no excluyen a los principios del ordenamiento jurídico y de la discusión sobre el problema de validez. En este sentido, tal y como lo sostiene Hart:

*“(...) aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones que Dworkin ha llamado criterios de “pedigrí”, y se refieran solo a la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas, y no a su contenido, expresamente sostengo (...), que en algunos sistemas de derecho, como el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídica podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos, y éstos podrían constituir el límite el contenido de límites jurídicos constitucionales”* (Rodríguez, 1997, p. 22)

- ii. De igual forma, Hart, se opone a la distinción tajante planteada por Dworkin entorno a las reglas y principios, en la medida que estima que no existe una razón tajante para:

*“(...) aceptar este contraste tajante entre los principios jurídicos y las reglas jurídicas, ni la tesis de que si una regla válida es aplicable a un caso dado tiene siempre que determinar, contrariamente a los principios, el resultado del caso. No existe ninguna razón del por qué un orden jurídico no deba reconocer que una regla válida determina un resultado en casos a los cuales ésta se aplica, excepto donde otra regla, considerada más importante, es también aplicable al mismo caso. De esta manera, una regla que es vencida al competir con una regla más importante en un caso dado puede sobrevivir, como un principio, para determinar el resultado en otro caso donde esta regla sea considerada más importante que otra en conflicto”* (Rodríguez, 1997, p. 39)

En relación con este punto, la doctrina ha establecido sistemáticamente que no sólo no existe un impedimento a la aplicación de la regla de reconocimiento a los principios que son parte de un ordenamiento jurídico (Carrió, 1981, pp. 39-40; Prieto, 1993, p. 73), sino que su integración a la regla de reconocimiento resulta evidente en la medida en que:

*“(...) en algunos sistemas jurídicos la conformidad con ciertos principios morales -por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales- es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los legisladores*

*pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios. Por el contrario, en aquellos sistemas jurídicos que no los incorporasen, tales principios tendrían sólo una fuerza moral y no una fuerza jurídicamente invalidante. Tal incorporación puede ser realizada por ley o por un documento o enmienda constitucional escritos. También puede ser realizada en países donde no hay constitución escrita, a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como una prueba de validez jurídica. La conclusión sería, entonces, que no hay razón alguna por la que una regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que sean tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica” (Jiménez, R. 2009, p. 94)*

En línea con lo anterior, el profesor Peces-Barba ha evidenciado el error en que incurre Dworkin (1985) al pretender esgrimir como crítica al positivismo su conceptualización de los principios, en la medida que:

*“(…) aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos (...) no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad (...). Ambos, principios y reglas, solo son relevantes para el derecho como derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorporan al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del derecho. Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista” (Peces-Barba, 1997, p. 13 citado por Ruiz, 2012, p. 153)*

Por su parte, la segunda crítica de Dworkin (1992) al positivismo, se centra en la existencia de la discrecionalidad judicial al decir casos difíciles. En efecto, para este autor, los positivistas se equivocan al establecer que *“(…) cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo” (Dworkin, 1992, p.83)*, en la medida que considera que para todos los casos existe siempre una única respuesta correcta.

En este sentido, la crítica de Dworkin se fundamenta en la creencia que:

*“(…) cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas” (Calsamiglia, 1984, pp. 14-15 citado por Pérez, 2010, p. 17)*



En este sentido, la teoría de la única respuesta correcta de Dworkin (1985) presupone que el derecho incluye o contiene a los principios y que un juez ideal, denominado “hércules”, sería capaz de encontrar dicha respuesta a partir de la ponderación y la reconstrucción racional del ordenamiento jurídico, así como de la aplicación de los principios en aquellos casos donde no existe una norma directamente aplicable, estándole vedada por tanto la posibilidad de crear una norma con efecto retroactivo (Prieto, 1987, p. 68; Atienza, 2009, pp. 14-15).

En relación con la posibilidad de dar a todos los casos una respuesta correcta a partir de los principios, la respuesta de Hart es que:

*“(…) si tal cosa fuera posible, entonces, la creación jurídica del Derecho, bien por el legislador o por el juez, no tendría sentido y sería eliminada del ordenamiento jurídico. Dice Hart: “Si para todos los casos pudiera hallarse en el Derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignaran un peso relativo o prioridades a los principios rivales de orden inferior, el momento de la creación jurídica del Derecho no sería solamente diferido sino eliminado”. Así que, para Hart, la discrecionalidad judicial en ciertos casos, es algo congruente con mantener una idea positivista del Derecho”. (Pérez, 2010, pp. 22-23)*

Por su parte, frente a la ficción del juez Hércules creado por Dworkin, Aarnio (1990) al preguntarse por la capacidad y seguridad con la que un juez Hércules podría producir una respuesta correcta para cada caso difícil, considera que existe una multiplicidad de críticas que le son oponibles, en efecto, sostiene el autor que:

*“Una manera de formular el núcleo de la crítica es pregunta: ¿qué ocurre si hay dos Hércules J.? Ambos son ciertamente seres racionales pero ¿son capaces de resolver genuinos problemas axiológicos? Esto es importante, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no descansan solamente sobre la racionalidad del procedimiento del razonamiento y las estructuras libres que aseguran la discusión ideal. El otro factor decisivo es el “in put”, es decir, los datos que se introducen en la discusión. En fin, Hércules J. también está vinculado v.g. a los intereses que presenta o está obligado a presentar en el discurso. Hablando toscamente, ellos no abordan el problema desde el mismo -o incluso similar- punto de vista. Por consiguiente dos o más Hércules J. pueden alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas.*

*Si se pretende ahora que una de las respuestas dadas es “mejor” que las otras o que es la única correcta, hay que tener algún criterio para esta postura. Y además, hay que [salir] de la discusión, lo que significa recurrir a un metaHércules J. y así sucesivamente. Cada intento de probar que una de las respuestas alternativas es la “correcta” conduce así a un regreso al infinito argumentativo, y ello está condenado necesariamente al fracaso (...) Así, una persona que hable de una solución “correcta”*

*en este tipo de situaciones, remite a argumentos que están “detrás” de las razones públicas. Es imposible continuar la discusión racional con ella. No hay medios para establecer contrargumentos. Por consiguiente, todos estos argumentos “ocultos” son elementos innecesarios (sobre los que operaría la Navaja de Occam) para la teoría de la respuesta correcta” (Arrnio, 1990, pp. 32-33)*

Así las cosas, es necesario considerar que el aceptar la posibilidad de encontrar a todos los casos difíciles una “respuesta correcta” resulta problemático en la medida que:

- a. Conlleva a afirmar que dicha respuesta es susceptible de ser calificada a partir de valores de verdad y/o falsedad en sentido lógico, aún cuando los sistemas lógicos presentan problemas al momento de operativizar enunciados prescriptivos (como las reglas y principios) y determinar los valores de verdad de estos en virtud del dilema de Jørgensen (Hernández, 2003).
- b. Al mismo tiempo, implica asumir a partir de un ejercicio de subjetividad una determinada teoría política como la mejor en un momento y contextos dados, sin justificación racional y/o epistémica alguna.
- c. Implica, ignorar la existencia de un conjunto de soluciones posibles en sentido matemático, como resultado de no computar los múltiples paradigmas de la interpretación jurídica aplicables, obviando por tanto que todo problema elevado a la  $n$  admite  $n$  soluciones plausibles, es decir un abanico de potenciales respuestas correctas ajustadas al criterio de racionalidad y no sólo una (Neuhauser, 2004; Guastini, 2012; MacCormick, 2016).
- d. Por último, ignora el margen mínimo de discrecionalidad que le es intrínseco a la función judicial en la tarea de dotar de operatividad a los sistemas jurídicos y resolver las controversias suscitadas en aras de la eficacia, incurriendo en el proceso en una sobreestimación del ejercicio de discusión judicial, así como de los procesos de adopción de decisiones al interior de cada ordenamiento jurídico dado (Posner, 2009; 2011, pp. 95 y ss.)

### **2.1.6 El postpositivismo de MacCormick: hacia una apuesta de superación de los límites intrínsecos de positivismo normativo**

La relación de MacCormick con el positivismo se encuentra delimitada por su constante crítica a la pretendida neutralidad científica de los proyectos positivistas tradicionales, así como la necesidad

de ahondar en la discusión entorno al punto de *vista interno* de Hart, en la medida en que es precisamente a partir de este que la discusión alrededor de la justificación de la decisión judicial toma sentido (Da Rosa, 2012, p. 44). En efecto, para MacCormick:

*“Una descripción positivista del sistema tal como opera no puede contestar a un tipo particular de interrogación que puede ser formulada internamente en un sistema jurídico: la cuestión puede ser formulada ante un juez, en un caso difícil, de la siguiente manera: «¿Por qué nosotros debemos tratar todas las decisiones alcanzadas en conformidad con una regla válida según nuestro criterio de validez como suficientemente justificadas?», y este es un interrogante que ocasionalmente puede ser planteado, y de tiempos en tiempos lo es. Además, el positivismo tampoco logra contestar a la cuestión planteada por los jueces con aún más frecuencia: ¿Cómo debemos justificar las decisiones concernientes a la interpretación y a la aplicación de nuestros criterios de validez?» (MacCormick, 1978, p. 63 citado por Da Rosa, 2012, pp. 44-45)*

De allí que MacCormick (2007, p. 302) rescate en su teoría, a partir de una concepción analítica, la necesidad de entablar un dialogo material con el derecho, mediante el análisis crítico de las reglas centrales a la luz de los principios y valores subyacentes, asumiendo en el proceso un punto de vista hermenéutico en aras de comprender las instituciones y prácticas que dotan de validez a un determinado ordenamiento jurídico. Así las cosas, resulta posible afirmar que el postpositivismo asumido por MacCormick tiene como pretensión principal

*“(…) conectar la concepción material de la coherencia y las perspectivas analítica y hermenéutica pero manteniendo la concepción sistémica ordenadora y racionalizadora (...) De esta forma, se llega a, y justifica lo que denomino la “reintegración del concepto de validez en la formulación institucionalista MacCormickiana”: el concepto de validez se define en un proceso que parte del criterio sistémico formal dado pero que se desarrolla, concreta y depura dinámicamente sometándose a una permanente redefinición conformada en términos de coherencia material. Por eso, la reglamentación jurídica positiva se abre paso a una reconstrucción permanente que ultima la validez jurídica a través de un discurso ininterrumpido (...)” (Suárez, 2005, pp. 336-337).*

De esta forma, tal vez el primer aspecto digno de mención en la teoría de MacCormick sea que:

*“(…) el derecho comprende más que un conjunto de hechos institucionales que no necesitan de interpretación ulterior. Como orden normativo, y «como un orden práctico», el derecho está «en constante necesidad de adaptación a nuevos problemas prácticos». En este particular, MacCormick acepta la idea kelseniana de que el derecho presenta una estructura jerárquica en la cual las normas de rango más alto son individualizadas y concretadas en los procesos de legislación y de aplicación del derecho. En el derecho comunitario europeo, por ejemplo, el proceso de transposición del nivel del*

*derecho supranacional para el nivel de los órdenes jurídicos domésticos «es parte del Stufenbau, es decir, del proceso que camina paso a paso de la norma general para las decisiones particulares de casos concretos». Como MacCormick escribe con claridad, él ve al derecho como «una disciplina argumentativa», y no como una «ciencia exacta». Una de las características más esenciales del derecho es su naturaleza cuestionable. A diferencia de los positivistas, que erigen la certeza del derecho a la condición de único valor asegurado por el principio del Estado de derecho, MacCormick acredita que el «carácter argumentativo del derecho» es algo para ser celebrado en sociedades democráticas, pues él está profundamente convencido de la idea de Estado de derecho. El reconocimiento del Estado de derecho como idea política implica el reconocimiento del derecho como el locus de la argumentación» (Da rosa, 2012, p. 47)*

Ahora bien, es imprescindible resaltar que, de acuerdo con los profesores Rodrigo Uprimny y Andrés Abel Rodríguez, para MacCormick:

*“(...) la función de la argumentación jurídica es la de justificar una decisión, más específicamente, una decisión judicial, mostrando que ella corresponde a los hechos establecidos en el caso y a las normas jurídicas vigentes. Frente a esto último es que MacCormick propone su distinción entre casos fáciles y casos difíciles. Estamos ante un caso fácil si la justificación que debe realizarse es de “primer orden”, esto es, una justificación de carácter estrictamente deductivo en donde la argumentación se refiere a los vínculos lógicos entre la decisión y las premisas normativas (en el silogismo judicial tradicional, la premisa mayor) y las premisas fácticas (la premisa menor). Estamos, por el contrario, ante un caso difícil si la justificación es de “segundo orden”, lo que significa que no basta con la justificación deductiva, puesto que hay dudas y obstáculos para establecer cuáles son las premisas fácticas o normativas. No se trata pues de una argumentación respecto a los vínculos entre decisión y premisas, sino sobre el carácter mismo de las premisas, tanto las fácticas como las normativas. Para justificar una decisión en un caso difícil, MacCormick considera que es preciso tener en cuenta tres requisitos: el de la universalidad, el de que la decisión sea coherente con el sistema jurídico (requisitos de la consistencia y de la coherencia) y el de que sea coherente con las consecuencias que supone (requisito consecuencialista)” (Uprimny, 2008, pp. 164-165).*

Ahora bien, por universalidad se entiende en MacCormick al hecho que la decisión se encuentre justificada en un principio o norma general, rechazándose en virtud de esta

*“(...) toda decisión judicial ad hoc tomada tan sólo a partir de razones particulares (...), sin tener en cuenta un enunciado universal que prescriba que siempre que se den ciertas circunstancias particulares debe tomarse una decisión en un sentido concreto. Se trata entonces de construir en la ratio decidendi de la sentencia un vínculo entre una norma general y la subregla contenida en la decisión, respecto al caso concreto” (Uprimny, 2008, p. 165)*

En efecto, para MacCormick no existe justificación sin universalización, en la medida en que:

*“(…) para que hechos particulares -o motivos particulares- constituyan razones justificativas deben ser subsumibles en un principio de acción universalmente establecido, aunque este universal pueda ser tenido como derrotable. Eso se aplica a la razón práctica de modo general, y al razonamiento jurídico como un departamento del razonamiento práctico” (MacCormick, 2005, p. 99 citado por Da Rosa, 2012, p. 51)*

En consonancia con los elementos de la argumentación en MacCormick adicionalmente al requisito de universalidad, se requiere que:

*“(…) las decisiones jurídicas, y por ende las judiciales, deban tener sentido respecto al sistema jurídico y respecto a las consecuencias que impliquen. Tener sentido frente al sistema significa dos cosas: por una parte, que la decisión satisfaga el requisito de consistencia, esto es, que la “subregla” que constituye la decisión no vulnere (abiertamente, por lo menos) ninguna norma o principio válido del sistema jurídico. Se trata de un requisito negativo, en el sentido de que hay que hacer consistente la decisión con las normas que aparentemente ésta podría desconocer. Por otra parte, que la decisión tenga sentido frente al sistema significa también que satisfaga el requisito de la coherencia, lo cual puede tener varios significados: esencialmente que la decisión debe estar conectada positivamente -no ya de manera negativa- con los principios y valores básicos del ordenamiento (...). Todo lo anterior no excluye cierto carácter formal del requisito de coherencia, puesto que en un mismo caso sería posible establecer dos decisiones que fueran coherentes con el sistema y, al mismo tiempo, contradictorias entre sí.*

*Además de corresponder con el sistema, de acuerdo con MacCormick la decisión debe tener relación con el mundo, lo cual significa, más concretamente, que hay que considerar, a la hora de decidir un caso, que la decisión tenga las mejores consecuencias desde una perspectiva social y política general. MacCormick llega incluso a afirmar que lo que resulta decisivo en la decisión jurídica son los argumentos consecuencialistas y considera que la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialistas. Así, si hay varias alternativas de solución que cumplen con los tres criterios anteriormente señalados, entonces hay que escoger aquellas cuyas mejores consecuencias correspondan con los principios y valores morales y políticos que fundamentan el sistema jurídico. (...) MacCormick propone la denominación “consecuencias jurídicas” para aquellas que se siguen causalmente de la decisión y que se evalúan teniendo en cuenta, como ya se ha indicado, un conjunto de valores y principios sociales, tales como la justicia, la convivencia, la paz social, etc.” (Uprimny, 2008, pp. 165 - 166)*

En concordancia con lo anterior, siguiendo el trabajo de Uprimny y Rodríguez (2008), es posible afirmar que en la teoría de MacCormick: 1. la universalidad implica que la decisión este justificada

en un principio o norma general que permite encajar o determinar la conexión entre la regla general y la subregla del caso; 2. La coherencia implica que no se vulnere abiertamente ninguna norma superior dentro del sistema y que no se contradigan los principios que conforman el ordenamiento jurídico; y 3. La consecuencialidad implica la conexión de la decisión con la realidad, buscando que sus consecuencias sean las mejores a nivel político y social.

Analizados los elementos constitutivos de la teoría del derecho como argumentación de MacCormick, podría considerarse que la misma es incompatible con los supuestos fundantes del positivismo. Sin embargo, es necesario evidenciar que la teoría de MacCormick, no sólo es compatible con la conceptualización positiva del ordenamiento jurídico, sino que subsana las potenciales objeciones a la misma, en la medida en que:

*“(…) lleva a redefinir la dialéctica entre los estadios del ser y el deber ser en términos de implicación. En concreto, el estadio del deber ser siempre está vinculado al estadio del ser, aunque le sea prioritario al ordenarlo y estructurarlo para su existencia normativa y como información práctica. Pero, que se afirme que la normatividad resulta del modo en que se profese socialmente –el ser termina conformando el deber ser– no significa, para MacCormick, confundir los dos niveles. Lo que ocurre es que el verdadero sentido de la descripción exige comprender la realidad normativa. Y a la inversa, que esa realidad normativa no se queda colgada en algún estadio noumenal o especulativo, sino que a su vez delimita las condiciones de la realidad a la que se refiere. Por eso, la traducción de las normas que ordenan el conocimiento de un cierto hecho sería: este hecho «debería ser admitido como un “hecho” a los propósitos de esta investigación» (MacCormick, 1986 b: 103). Y, por eso, el deber ser gana prioridad sobre el ser sin que existan, frente a Kelsen, dos mundos separados pues, «la explicación del “deber ser” se produce dentro de una apreciación de la acción intencional y teleológica por los agentes racionales» (ídem: 105). El orden normativo, así, es un orden ideal relacionado con el orden de las cosas en tanto modelo de orientación, guía práctica y modo en que el deber ser materializa «(l)a interacción del ámbito práctico y normativo» (ídem, 1999: 125). Y, las normas, estructuras individualizadas del «deber ser», toman efectiva existencia al proyectarse sobre los hechos a los que, a su vez, cualifican jurídicamente.*

*De esta forma, el método hermenéutico sería compatible con el iuspositivismo. Porque: uno, ni el teórico ni el jurista tienen por qué vincularse al orden moral o legal que tratan de retratar. Dos, acepta que los reclamos morales de los ciudadanos pueden chocar con los establecidos por el Derecho puesto oficialmente. Y, además, tres, no renunciaría a los logros descriptivos y gneoseológicos de la investigación analítica estructural. Al contrario, ofrece a la dogmática legal los esquemas que concretan la sustancia de las leyes. Por eso, el método hermenéutico definiría un nivel más de desarrollo de la investigación analítica al relacionar el método de conocer con la verdadera naturaleza*

*de su objeto, el Derecho, destacándose la imbricación entre los estadios filosófico-epistemológico y sociológico, pero sin renunciar al distanciamiento crítico ni a la tesis de separabilidad” (Suarez, 2005, pp. 337-338).*

En resumen, la validez es la cualidad que determina la pertenencia de una disposición normativa a un determinado ordenamiento, bien sea en virtud de la concordancia de su contenido con una disposición superior -validez material-, bien en virtud de haber sido promulgada de acuerdo con las pautas y procedimientos dispuestas por el ordenamiento para tal fin -validez formal-. Sin embargo, el contenido y criterio para la determinación de aquella dependerá, tal y como se ha expuesto, tanto de la teoría jurídica normativa que sea implementada como criterio de aproximación, como de los criterios y parámetros dispuestos por el ordenamiento jurídico normativo.

De allí que, mientras bajo una postura Kelseneana la validez de una determinada disposición normativa se encuentra dada por su correspondencia con la norma fundante (grundnorm); bajo una postura Dworkineana la validez se encuentre dada por la correspondencia de las normas con los principios y su relación con la mejor teoría político moral existente en un momento determinado, en contraposición a Hart, para quien la validez de una norma jurídica se encuentra determinada por la regla de reconocimiento en tanto práctica compleja.

En concordancia con lo anterior, resulta imperioso analizar tanto si los jueces crean derecho como las razones en virtud de las cuales el precedente constitucional, en tanto punto de proclamación o reconocimiento de los derechos innominados, se constituye en fuente vinculante para los operadores jurídicos. Ello, en la medida en que es precisamente en virtud de la vinculatoriedad del precedente que los derechos innominados, de origen jurisprudencial, se integran de forma expresa al ordenamiento jurídico y surge la disquisición en torno a la validez, tanto formal como material, de estos.

## **2.2 Discrecionalidad y decisión judicial: ¿Crean los jueces derecho?**

### **2.2.1 La decisión judicial como fuente de derecho en la doctrina**

Pese a la importancia de la jurisprudencia en los sistemas civiles, persiste la creencia “legalista” de que la creación del derecho es ajena al ejercicio de la función judicial (Puig, 1989), al considerar que las decisiones judiciales se encuentran predeterminadas por el derecho, en tanto cuerpo de reglas

preexistente, “(...) *establecidas en materiales jurídicos canónicos tales como los textos constitucionales y legislativos y las decisiones previas del mismo tribunal o de otro superior, o bien de reglas que puedan ser derivadas de esos materiales por medio de operaciones lógicas (...)*” (Posner, 2011, p. 53). Sin embargo, en la práctica jurídica asistimos a un proceso sistemático de creación de nuevas disposiciones normativas, reglas de comportamiento e interpretación por parte de las altas cortes en ejercicio de la función judicial.

Ahora bien, la cuestión de si los jueces crean o no derecho se encuentra íntimamente ligada al reconocimiento de la discrecionalidad judicial (Duque, 2007) y la noción de completitud normativa, dada por la forma de pensar el derecho (Schmitt, 1996). De esta forma, existen, a grandes rasgos tres posibilidades de aproximación o percepción de este fenómeno: el noble sueño (el sistema normativo es completo y responde a todas las situaciones), la pesadilla (el derecho solo tiene sentido y se crea a través de las decisiones judiciales) y la vigilia (el derecho es claro y resuelve los casos simples, pero se crea en aplicación de la discrecionalidad en los casos difíciles por parte de los jueces) (Guastini, 2012).

A partir de estas posturas, es posible derivar los enfoques eclécticos e híbridos de la interpretación judicial (Moreso, 2010), así como las tres concepciones existentes en torno a la creación de derecho por parte de los jueces que denominaremos, siguiendo el trabajo de Bulygin (2013), como: ***doctrina tradicional, doctrina de la creación del derecho individual y teoría de la creación permanente en aplicación de los procesos interpretativos***. La primera de estas posturas establece que los jueces no crean derecho, en tanto solo aplican las leyes creadas por el legislador (Doctrina tradicional); la segunda, usualmente atribuida a Kelsen (1997), implica que los jueces crean derecho en tanto adoptan decisiones concretas que crean derechos individuales en aplicación de las normas generales; por último, se encuentra aquella teoría de acuerdo con la cual los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen excepcionalmente porque crean ***normas generales*** en situaciones muy especiales.

Retomando, la primera postura parte del presupuesto de la Doctrina Clásica de acuerdo con el cual el derecho es completo y coherente, conteniendo por tanto una solución clara para todos los problemas jurídicos posibles y en ningún caso, antinomias normativas, por cuanto la existencia de una laguna o conflicto normativo eliminaría de tajo toda posibilidad de solucionar el caso en cuestión. Por lo tanto, para esta teoría, siempre existe para todo caso posible un juez competente, que tiene el deber de resolver el caso y por tanto tiene el poder de hacerlo, pues la norma siempre brinda una solución al caso en discusión (Alchourrón, R. y Bulyng, E., 1971, p. 175-178). Ahora



bien, esta teoría, encuentra su versión sofisticada en la obra de Dworkin (1992), para quien si bien el *Settled Law* (conjunto de leyes + precedente) resulta incoherente e incompleto, existe una única solución correcta para todos y cada uno de los casos posibles, la cual se obtiene una vez que se ha sometido el ejercicio judicial a los principios y la mejor teoría política subyacente.

Por su parte, la segunda y tercera postura parten de acuerdo con Bulygin (2013) del proceso de interpretación, la existencia de un marco de justificación y la posibilidad de discrecionalidad judicial. Así las cosas, la segunda postura, sostiene que, si bien el sistema goza de completitud, los jueces crean derecho individual al plasmar su voluntad en las decisiones judiciales y concretar el contenido de la normatividad. De allí que Kelsen afirme que los jueces crean derecho cuando: 1. La decisión adoptada judicialmente es el resultado de un acto de voluntad y no de mero conocimiento; y 2. Se hace una concreción de los elementos enunciados únicamente en forma abstracta en la normatividad.

De otro lado, la tercera postura, es susceptible de ser subdivida, cuando menos en dos grandes concepciones: Una primera defendida por Bulygin, considera que todos los jueces crean derecho cuando: 1. se enfrentan a lagunas axiológicas, 2. evidencian contradicciones normativas o 3. determinan la existencia de lagunas materiales. Entendiéndose que existe creación de derecho “(...) cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador” (Bulygin, 1991).

La segunda concepción, de acuerdo con Guastini (2014) e Iturralde (1995) -correlativa al realismo escandinavo y la obra de Alf Ross-, es susceptible de ser abordada, a partir de su división en cuatro sub-hipótesis:

1. Primera versión (Muy débil e irrealizable): los jueces sólo crean derecho ocasionalmente cuando se distancian del significado natural u objetivo de los textos jurídicos. Siendo, la interpretación un acto de conocimiento y no de voluntad, en el cual el juez escoge a partir de un marco plausible de significados el más adecuado para resolver el caso concreto. Esta teoría, sin embargo, se presenta como incoherente e irrealizable toda vez que Ross defiende una significación única de las prescripciones normativas en contraposición a la realidad lingüística que estructura las mismas.
2. Segunda versión (muy débil) los jueces crean derecho ocasional y únicamente cuando se encuentran con lagunas jurídicas. Sin embargo, estas no son de tipo objetivo, sino axiológicas y, por lo tanto, son el resultado del proceso interpretativo de los jueces.

3. La tercera versión (Débil), sostiene que los jueces crean derecho todo el tiempo, al concretar las reglas generales, por intermedio de, entre otros mecanismos, la analogía y los principios del derecho (Tarello, 1980). No obstante, dicha conceptualización es contradictoria en la medida en que, para el otorgamiento de un derecho individual, se requiere una justificación; de acuerdo con la cual la norma individual debe derivarse de una norma general (esto es ser deducible) y por tanto, no es una creación, pues esta implicaría operar dentro de un marco externo a la norma preexistente (Bulygin, 1991, p. 355-369).
4. Bajo la cuarta versión (fuerte), los jueces crean derecho SIEMPRE que deciden el significado de los textos normativos, y por tanto crean TODO el derecho al interpretarlos (Guastini, 2014); y sin embargo, bajo esta versión, se presenta la paradoja de que no todo el derecho puede ser de origen jurisprudencial en tanto que “la cualidad de juez” se encuentra en sí misma legalmente condicionada y, por tanto, las normas que lo dotan de competencia constituyen en sí mismas derecho, previa a la interpretación que de aquellas le sea dable al juez realizar.

Ahora bien, Ross parte del supuesto de que los textos normativos, poseen en esencia un carácter indeterminado y abierto, como consecuencia de encontrarse redactados en un lenguaje parasitario del lenguaje natural. De allí que identifique tres clases de problema de interpretación, a saber: semánticos, sintácticos y lógicos. Los primeros dependen de la interpretación de la referencia de todas las palabras y de la ambigüedad del sentido de estas (Hart, 2012). Los problemas de sintaxis por su parte dependen de la posibilidad de ambigüedad dada por la construcción sintáctica de los enunciados. Por último, los problemas lógicos se encuentran dados por los procesos de relación de un enunciado con los otros enunciados de un contexto lingüístico y normativo determinado.

Esta última versión, es adoptada, al menos de forma moderada por Posner (2011, p. 96 y ss.), al sostener que los jueces actúan como legisladores frente a los casos de textura abierta o indeterminada en relación con los cuales tienen un nivel tan alto de libertad legislativa como el que tiene el legislador (Posner, 2011, p. 159), y sin embargo lo hacen atados por unas reglas que no afectan al legislador ordinario, como lo son las reglas de procedimiento, así como los límites de a quienes pueden consultar y los métodos de indagación que pueden emplear. A la vez que su capacidad para crear normas vinculantes se encuentra delimitada claramente por la Ratio Decidendi en tanto subregla de decisión, postura que es perfectamente coherente con el ordenamiento colombiano en virtud de las reglas de vinculatoriedad del precedente y los principios constitucionales (Cross, 2005).

## 2.2.2 El precedente y su vinculatoriedad a partir de la constitución de 1991

El problema de la creación del derecho por parte de los jueces implica, a su vez, el problema de la vinculatoriedad del precedente, o lo que es lo mismo, la discusión en torno a la naturaleza y alcance de la jurisprudencia en tanto fuente normativa en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, en la medida en que tal y como lo sostiene Gutiérrez (2014), con anterioridad a la Constitución de 1991, el sistema de fuentes en Colombia, derivado de la tradición Romano-Germánica, establecía que todo lo que no se encontrase plasmado en leyes, decretos, reglamentos y/o similares, no era pasible de ser entendido como Derecho vinculante<sup>10</sup>. En este sentido se tiene que:

*“En vigencia de la Constitución Nacional de 1886, las fuentes del derecho en Colombia tuvieron jerarquía legal y no constitucional. Estas fuentes fueron consagradas, de manera general, en los artículos 4º del Código Civil; 8º de la Ley 57 de 1887; 8º y 13º de la Ley 153 de 1887; 4º, 5º y 37º, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 19º del Código Sustantivo del Trabajo.*

*El Art. 19 del Código Sustantivo del Trabajo consideró a la Jurisprudencia como fuente equiparable a la ley, se les confirió a los jueces la potestad de aplicar la jurisprudencia y la doctrina a falta de ley exactamente aplicable, constituyéndose entonces en fuentes formales del derecho laboral, contrario de lo que ocurría con el derecho común. Posteriormente, en forma explícita en el artículo 4 de la ley 169 de 1896 estableció que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de casación sobre un mismo punto del derecho constituiría doctrina probable” (Gutiérrez, 2014, p. 8)*

Ahora, si bien en la década del treinta la Corte Suprema de Justicia profirió “(...) *varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes y que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa*” (Pulido, 2008, p. 108), no será sino hasta la promulgación

---

<sup>10</sup> En la actualidad subsiste una porción minoritaria de la doctrina, encabezada por Javier Tamayo Jaramillo (2012), que sostiene la imposibilidad de afirmar la vinculatoriedad del precedente en la medida en que la interpretación gramatical del artículo 230 Superior es lo suficientemente clara entorno a los parámetros que sujetan al juez en la toma de decisiones. En relación con dicha postura interpretativa, defendida en un inicio por la misma Corte Constitucional, sostiene López Medina (2005) que: “*La interpretación exegética siempre será un inconveniente para la comprensión, transformación, y maduración del derecho en una comunidad jurídica concreta. Esta corta forma de interpretar las normas jurídicas, en puridad, suele ser un recurso de tinte textualista que en vez de operar con la elasticidad deontológica y enfática que impone el derecho, termina por someterlo al reduccionismo, y por alejarlo de la realidad sociopolítica*” (P. 147-150)

de la constitución de 1991 que el precedente judicial adquirirá una importancia manifiesta en el ordenamiento jurídico, pese a la consagración manifiesta en el artículo 230 constitucional del carácter auxiliar de la jurisprudencia y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley, como consecuencia del ascenso de las fuentes del Derecho a rango Constitucional (Buitrago, 2011; Zúñiga, 2007)<sup>11</sup>. En línea con lo anterior, Gutiérrez (2014), sostiene que a partir de la promulgación de la nueva carta constitucional:

*“La Constitución, la ley en sentido formal, los actos administrativos y la jurisprudencia (ratio decidendi y resuelve) son considerados fuentes del derecho obligatorias, la equidad, la jurisprudencia (entiéndase obiter dicta), los principios generales del derecho y la doctrina son considerados criterios auxiliares de la actividad de los jueces. Tesis que llevaron a concluir a la Corte que los pronunciamientos de las altas cortes son fuente obligatoria, lo que en palabras de profesor González Jácome (2006) “muestra que nuestro sistema jurídico se adaptó a realidades sociales y evolución del derecho” (González. 2006. p. 280). Respaldada dicha afirmación con el hecho de que en la práctica altas cortes y litigantes utilizan como fuente directa la jurisprudencia para resolver sus casos” (p. 9)*

Lo expuesto, se explica en palabras de la Dra. María Rosalba Buitrago, en la medida en que:

*“La concepción tradicional de la herencia románica de ser la ley la fuente jurídica por excelencia, materializada en dicha disposición, es superada a través no solo de la interpretación sistemática de las normas y principios constitucionales, sino desde el mismo precedente en sede de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, los cuales se han encargado de darle el justo valor a la figura: se trataría de una fuente primaria del derecho, cuando se cumplen los presupuestos necesarios para hablar de precedente judicial.*

*En efecto, con la Constitución de 1991 el sistema de fuentes del derecho con prevalencia en la ley, en términos formales, se ha replanteado profundamente. De una parte, a nivel normativo, queda claro no solo que la Constitución es la fuente primaria de todo el ordenamiento jurídico al ser norma de normas y de invalidar cualquier disposición inferior que le sea contraria, sino que el principio de igualdad, como un derecho fundamental prevalente de los asociados, la seguridad jurídica y la confianza legítima irradian tanto la creación de la ley como la aplicación de esta, lo cual implica que los jueces deban resolver casos iguales de igual forma. De otra parte, a nivel de la interpretación del Tribunal Constitucional, se ha decantado el tema de la jurisprudencia en el esquema de fuentes, por cuanto se*

---

<sup>11</sup> De acuerdo con Estrada (2003) una interpretación literal del artículo 230 fiel a la voluntad del constituyente permitiría sostener que “(...) la constitución definió a la ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial” (p. 50).

*superó la concepción inicial de que era fuente auxiliar, salvo la proferida en constitucionalidad de las leyes, para entenderla, con la elaboración del concepto de precedente judicial y su obligatoriedad, como verdadera fuente de derecho” (Buitrago, 2011, pp. 12 y 13)*

De allí que Buitrago (2011) sostenga que el sometimiento de los falladores única y exclusivamente al denominado imperio de la ley, en línea con el canon literal del artículo 230 constitucional, resulta problemático en la medida en que dicha interpretación no se apega a los valores, principios y derechos fundamentales, y por lo tanto, desconoce el contenido material de la constitución. Lo anterior, resulta aún más evidente si se tiene en cuenta que:

*“El primer aspecto del sometimiento al imperio de la ley se encuentra claramente delimitado, dado que significa la obligación de los falladores de resolver los casos conforme al conjunto del ordenamiento jurídico, en contraposición a la posibilidad de decidir con base en razones personales o privadas o presiones de diferente índole. Predicar que el sometimiento a la ley es en términos formales es insostenible, ya que excluiría la misma Ley Superior (art. 4), los tratados internacionales (art. 93), los decretos con fuerza de ley y todas las disposiciones de menor jerarquía como ordenanzas y acuerdos. De modo que la palabra ley solo puede ser interpretada como “derecho”, porque si no se caería en contradicción con las mencionadas normas constitucionales y con la consagración de un Tribunal Constitucional, encargada de su interpretación (art. 214), puesto que este ya se ha pronunciado en el mismo sentido.*

*El segundo aspecto de que la jurisprudencia es criterio auxiliar en la labor judicial, aunque en principio pudiera no ser plenamente claro su sentido, esta parte de la disposición debe ser entendida, de manera sistemática, con el principio de igualdad, que implica las mismas soluciones para los mismos casos por parte de las autoridades públicas (art. 13 y preámbulo); la justicia (preámbulo), que permite la introducción de cambios en el tratamiento de casos semejantes siempre que estos estén justificados; la seguridad jurídica, inmersa dentro del debido proceso (art. 29 y sentencia C- 543 de 1992 de la Corte Constitucional), que implican la previsibilidad y certeza de las decisiones judiciales; y la buena fe y confianza legítima (art.83) de los ciudadanos que esperan que las autoridades los traten de la misma manera en que lo han hecho en el pasado. El resultado salta a la vista, las normas materiales de la Constitución obligan a predicar que los pronunciamientos judiciales no son mero criterio auxiliar en el derecho. En otras palabras, la misma figura del sometimiento al imperio del ordenamiento jurídico, le impone el deber al juez de tratar casos iguales de la misma manera, salvo circunstancias excepcionales” (pp. 56-57)*

Ahora bien, esta interpretación del precedente constitucional es el resultado de un lento pero constante proceso de interpretación, surtido en desarrollo de los mandatos de salvaguarda de la

integridad constitucional y garantía efectiva de los derechos fundamentales (Escobar, 2008, p. 403). Este proceso tiene su génesis en la sentencia C-113 de 1993 (Corte Constitucional), con la cual la Corte Constitucional delimitó el alcance de sus atribuciones y estableció que la competencia para determinar los efectos de sus fallos reposaba exclusivamente en cabeza suya, siendo esta una posición que a su vez sería reiterada en las sentencias C-131 (Corte Constitucional, 1993) y C-486 (Corte Constitucional, 1993), así como en la C-557 (Corte Constitucional, 2004) al pronunciarse la alta corporación en relación con la posibilidad de considerar a la jurisprudencia como fuente vinculante de derecho en aras de garantizar un orden justo a partir de una interpretación del artículo 230 y al estimar que por imperio de la ley el constituyente quiso hacer referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico (Bernal, 2008, p. 102; Gutiérrez, 2014, p. 11). En efecto, tal y como lo dispuso la Corte Constitucional, una interpretación adecuada del término “Imperio de la ley” consignado en el artículo 230 constitucional, implica que:

*“(...) la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”* (Corte Constitucional, Sentencia C-539, 2011)

La aludida interpretación del artículo 230 Superior, erigida sobre la necesidad de consistencia (Corte Constitucional, Su-047, 1999), se ha vinculado:

*“(...) sistemáticamente con los principios de igualdad, seguridad jurídica y unidad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorgan injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas (Sentencia T-547 de 1993 y T-123 de 1995). Si este hecho se produjera constituiría una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución, así como violaría la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tales como la prevalencia del derecho sustancial y postulados de derecho justo, que son el fin de del Estado Social de Derecho”* (Gutiérrez, 2014, p. 12)

De allí que la Corte Constitucional sostenga que: *“(...) la ratio Decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente por todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una*

*fuerza de derecho que integra la norma constitucional”* (Corte Constitucional, Sentencia C-037, 1996)<sup>12</sup>.

Lo anterior, resulta aún más notorio si se toma en consideración que el respeto por el precedente, tal y como lo sostiene Buitrago (2011), cumple en los ordenamientos jurídicos legislados cuatro funciones fundamentales, a saber: *i*. Garantiza seguridad jurídica y dota de coherencia al sistema jurídico; *ii*. Corolario de la garantía a la seguridad jurídica ampara la libertad ciudadana, la igualdad y garantiza el desarrollo económico, en la medida en que al eliminar la caprichosa variación de los criterios interpretativos, se dota de estabilidad al ordenamiento normativo; *iii*. Es coherente con la exigencia de los principios de Justicia e Igualdad que hace necesario que casos parecidos sean resueltos de forma similar; y por último, *iv*. Conlleva al establecimiento de un mecanismo de autocontrol de la actividad judicial, en la medida que el respeto por el precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, en aras que las soluciones planteadas a determinados problemas jurídicos sean las mismas que estarían dispuestos a aceptar en un caso diferente con características análogas.

En concordancia con lo anterior, a partir de una interpretación adecuada del artículo 230 superior y demás normas concordantes, es posible afirmar que:

*“En el mismo nivel de la ley se encuentra el precedente judicial, no solo el de constitucionalidad de las leyes, sino el emitido en casos concretos por cualquier juez, esto es, la regla o principio general derivado de la sentencia, que sirve para resolver casos futuros, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, esto en razón de los principios constitucionales de igualdad, de confianza legítima y de seguridad jurídica y del mismo”* (Buitrago, 2011, pág. 92).

En síntesis, es posible afirmar que el precedente constituye una fuente vinculante para los operadores del ordenamiento en la medida en que a partir de los criterios de igualdad y justicia se constituye en garantía para la seguridad jurídica y la dignidad humana, al establecer una estandarización de los sentidos interpretativos del texto superior, así como un control a la actividad judicial en la medida en que el respeto por aquel impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad en la adopción de resoluciones frente al universo de casos sometidos a su consideración.

---

<sup>12</sup> En igual sentido véase las sentencias: SU-640 (Corte Constitucional, 1998), SU-168 (Corte Constitucional, 1999), T-009 (Corte Constitucional, 2000) T-068 (Corte Constitucional, 2000), T-689 (Corte Constitucional, 2004) y T-292 (Corte Constitucional, 2006).

Lo anterior, reviste una importancia trascendental para el cabal análisis del problema de investigación planteado en la medida en que es precisamente en virtud de la vinculatoriedad del precedente de la Corte Constitucional que los derechos no enumerados son introducidos en el tráfico jurídico y surge la discusión entorno a la validez de estos al no haber ingresado al ordenamiento en virtud de la expedición de una norma en ejercicio de la función legislativa.



### **3. Los derechos innominados y su validez en el ordenamiento jurídico Colombiano**

*“El derecho puede verse como una herramienta para organizar las formas de vida de una determinada sociedad. Ciertas pautas generales de conducta son necesarias para guiar las acciones que deben o pueden ser realizadas. Esto sugiere la conveniencia de tener una formulación explícita de las reglas diseñadas para llevar a cabo esa función de guía. Una vez que las tenemos, se supone que las decisiones particulares serán tomadas en concordancia con las reglas relevantes del conjunto. En este modelo ideal, el conjunto de reglas constituye el punto de partida (los axiomas) para la derivación de las instrucciones a seguir en cada situación concreta. Denominaré concepción del Sistema Maestro a la concepción jurídica que surge de este modelo ideal. Dicho ideal no es incompatible con la naturaleza dinámica del derecho. El sistema recibe continuamente suplementos que actualizan parte de su contenido”*

Alchourrón (1996, pág. 332)

Tras abordar la conceptualización de los derechos innominados, así como las diferentes discusiones teóricas entorno a la noción de validez jurídica, es pertinente realizar un análisis del fundamento de validez de los derechos “creados” o “reconocidos” en ejercicio de la función judicial, así como en aplicación de la cláusula de derechos innominados estatuida a partir del contenido literal del artículo 94 de la Constitución.

Para ello, se parte de la aproximación a la validez material de los derechos innominados mediante el estudio del alcance y contenido del artículo 94 Superior, así como de la función de salvaguarda de

la Constitución en cabeza de la Corte Constitucional, dando lugar en el proceso a un análisis del poder legislativo indirecto que en cabeza de la Corte debe reposar para cumplir su función en virtud de la naturaleza limitada y abierta del derecho.

A punto seguido, se abordará la validez formal de los derechos innominados a partir de la aplicación de la meta norma de la garantía institucional, como herramienta conceptual para la superación de la supremacía del legislador y la retro integración del criterio de validez.

### **3.1 Validez material de los derechos innominados: El poder legislativo indirecto**

#### **3.1.1 El artículo 94 Constitucional**

Tal y como se ha esbozado, el análisis del problema de la validez material de los derechos de creación o reconocimiento jurisprudencial debe partir de la cláusula justificatoria de su existencia dispuesta en el artículo 94 superior, en cuyo tenor literal el constituyente estableció:

*“Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*

Ahora bien, a partir de la literalidad de la cláusula transcrita es posible afirmar, sin necesidad de mayor esfuerzo interpretativo, que el constituyente no quiso limitar el catálogo de derecho a los expresamente reconocidos en los convenios internacionales vigentes y conformantes del bloque de constitucionalidad (artículo 93), ni al catálogo plasmado en la Carta Suprema en el que expresamente se reconocen como derechos fundamentales, entre otros: la *vida* (Art. 11); la *integridad personal* (art. 12); la *igualdad* (art. 13); el *reconocimiento de la personalidad jurídica* (art. 14); la *intimidad* (art. 15); el *libre desarrollo de la personalidad* (art. 16); la *libertad* (art. 17); la *libertad de conciencia* (art. 18); la *libertad de cultos* (art. 19); la *libertad de expresión, prensa e información* (art. 20); la *honra* (art. 21); la *paz* (art. 22); la *petición* (art. 23); la *libertad de circulación, locomoción y domicilio* (art. 24); el *trabajo* (art. 25); la *libertad de escoger profesión u oficio* (art. 26); la *libertad de cátedra y aprendizaje* (art. 27); la *libertad de movimiento* (art. 28); la *defensa y debido proceso* (art. 29), el *hábeas corpus* (art. 30); la *doble instancia* (art. 31); la *no auto incriminación* (art. 33); la *prohibición de las penas de destierro, cadena perpetua y confiscación* (art. 34); el *asilo* (art. 36);

*reunión* (art. 37); la *asociación* (art. 38); la *asociación sindical* (art. 39) y la *participación política* (art. 40) (Torres, 2008, p. 20-21).

Por el contrario, resulta claro -a partir de las premisas que conforman el articulado- que la fundamentalidad de un derecho no depende de su consagración explícita como tal, sino que se encuentra dada por su relación con la protección o salvaguarda de los elementos mínimos para el óptimo desarrollo de la persona humana. En este sentido, es posible afirmar que para el constituyente las garantías, principios y valores plasmados en la constitución implican la existencia de un catálogo abierto de derechos que se extiende más allá de aquellos explícitamente reconocidos en el texto superior o en los convenios internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad en aras de salvaguardar la *dignidad humana*.

En efecto, tal y como fue puesto de presente por los constituyentes Jaime Arias López y Juan C. Esguerra Portocarrero en el informe-ponencia para primer debate en plenaria denominado “mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico” con el artículo 94 superior se perseguía:

“(…) recalcar el carácter protector del capítulo constitucional sobre derechos y garantías, de manera tal que en ningún caso pueda el mismo esgrimirse para desconocer un derecho que pese a no haberse enunciado expresamente, haga parte de la naturaleza humana. Se ha pretendido enunciar de la manera más amplia y comprensiva los derechos humanos, pero se quiere precaver la posibilidad de que en determinadas circunstancias de hecho se le quiera dar un sentido restrictivo a la carta de derechos” (Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991, p. 10)

De igual forma, resulta de la mayor importancia, para efectos de comprender el alcance de la cláusula establecida en el hoy artículo 94 constitucional, analizar lo discutido por los constituyentes en sesión plenaria del 29 de junio de 1991 en relación con la acción de tutela, en la medida en que tal y como lo sostuvo Juan Carlos Esguerra:

“(…) en el artículo sobre la tutela que viene a continuación se estableció que a través de ese mecanismo se protegerían los derechos fundamentales; entonces, deliberadamente incluimos allí una relación de los derechos fundamentales, porque la verdad es que pensamos que quizá lo conveniente es dejarle esa labor al legislador mas bien que al Constituyente; hoy son derechos fundamentales o se reputan de fundamentales algunos que quizá mañana no lo sean, como mañana pueden llegar a tener ese carácter algunos que hoy no nos hemos imaginado(…)”

De conformidad con lo anterior, resulta claro que el constituyente no sólo reconoció la existencia de derechos fundamentales más allá de los expresamente enunciados en la constitución, sino que también considero prudente, en virtud de la naturaleza abierta del derecho y la constante transformación de la sociedad por el paso de las épocas, establecer la posibilidad de determinar y/o reconocer la existencia de nuevos derechos fundamentales a partir de la conexidad de estos con la dignidad, en tanto “*presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución*” (Corte Constitucional, Sentencia T-401, 1992)<sup>13</sup>.

### 3.1.2 La validez material de los derechos innominados

Una vez definido el alcance y contenido del artículo 94 superior, así como el establecimiento explícito de la existencia de derechos innominados por parte de la constitución, resulta pertinente establecer las razones por las cuales estos, pese a ser reconocidos en ejercicio de la función judicial, o precisamente por ello, gozan de validez material. En línea con lo anterior, se parte en el presente apartado de una aproximación a la validez de esta tipología de derechos mediante la revisión de su relación con la concreción de las garantías inherentes a la persona humana, así como la función de concreción que en virtud de la naturaleza abierta del texto constitucional cumple el reconocimiento de aquellos.

En concordancia con las ideas precedentes, un primer argumento en favor de la validez material de los derechos innominados se encuentra dado por el hecho de que a través del reconocimiento de estos se concretan las garantías inherentes al ser humano anidadas tanto en la constitución, como en las demás disposiciones conformantes del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-1291, 2001). Ello, en la medida que los derechos innominados devienen en parte del ordenamiento jurídico, en tanto derechos fundamentales, toda vez que:

“(…) corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar

---

<sup>13</sup> En un sentido similar véase lo dispuesto por la Corte Constitucional entorno al concepto de dignidad humana en las sentencias T-472 (1996) y T-645 (1996).

su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida” (Corte Constitucional, Sentencia T-419, 1992).

La pretendida conexidad entre los derechos innominados y la concreción de las garantías para la protección, materialización y satisfacción de la dignidad humana, resulta palpable, si se toman en consideración lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-411 (2018) al establecer, en relación con el carácter de fundamental del derecho a la “seguridad Personal”, que:

*“(...) la seguridad personal es un derecho fundamental innominado. A pesar de que no está previsto por la Constitución Política como tal, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 94 ibídem, la seguridad personal es un derecho fundamental, habida cuenta de su intrínseca relación con la dignidad humana y con derechos como la vida y la integridad personal, así como con el deber general de protección de las personas y de sus derechos a cargo del Estado, entre otros”.*

En línea con lo anterior, la relación entre dignidad humana y derechos fundamentales innominados, como criterio de justificación de la validez material de aquellos, resulta aún más notoria si se toma en consideración que, tal y como fue puesto de presente por la Corte Constitucional al analizar el derecho fundamental innominado al acceso al agua, se tiene que:

*“Ante la inexistencia de una fuente formal expresa, de carácter constitucional, que reconozca el derecho al agua como una garantía fundamental, la jurisprudencia ha derivado este carácter, primordialmente, por dos vías: la primera, a partir de lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución y según la interpretación que de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (relativos a los derechos “a un nivel de vida adecuado” y al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”) realizó el Comité del Pacto en la Observación General 15 de 2002. La segunda, a partir de lo dispuesto por el artículo 94 constitucional, según el cual el catálogo de garantías no puede ser interpretado en detrimento de derechos “inherentes a la persona humana”; es decir, en la medida en que el agua es una “necesidad inherente a la vida”, la jurisprudencia constitucional ha derivado su carácter de derecho innominado, como consecuencia de su conexión con la dignidad humana” (Corte Constitucional, Sentencia T-064, 2019)*

Así las cosas, es posible afirmar que los derechos innominados gozarían de validez material, prima facie, en la medida en que se constituyen en garantías para la protección, materialización y satisfacción de las garantías inherentes a la dignidad humana, o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de los derechos innominados gozarían de validez material en virtud de su conexidad con los principios y derechos contemplados en la Carta Constitucional, en virtud de “(...) su íntima e inescindible relación” (Corte Constitucional, Sentencia T-491, 1992), en la medida en que el no reconocimiento y protección de los mismos podría conllevar a la vulneración o limitación de otros

derechos reconocidos indiscutiblemente como fundamentales por el texto constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-096, 2016).

Un segundo argumento para la validez material de los derechos innominados se encuentra dado por la función de delimitación y concreción que el reconocimiento de esta tipología de derechos cumple en relación con el texto constitucional. En efecto, no puede perderse de vista que los derechos innominados poseen, tal y como se ha expuesto, un origen inminentemente jurisprudencial<sup>14</sup> a partir de la interpretación de los principios, valores y derechos consignados en el texto constitucional en virtud de los cuales se deriva o deduce su existencia.

Dicha derivación, en ejercicio de procesos interpretativos para la concreción del contenido, alcance y garantías dispuestas en el texto constitucional, se justifica, de una parte, a partir de la naturaleza axiológica y abierta de la Carta Constitucional en virtud de las materias que regula y su necesidad de adaptabilidad, a partir del marco establecido por los principios, a las constantes situaciones de cambio que atraviesa la sociedad (Figuroa, 2010; Corte Constitucional, Sentencia T-778, 1992); y, por otro lado, dicha derivación se explica también por el hecho de que el texto de la Carta Fundamental, en tanto conjunto de símbolos lingüísticos, se encuentra sometido a problemas de vaguedad y ambigüedad en torno a la asignación de significado a las proposiciones que lo conforman (Larenz, 1980, p. 192).

De allí que deba resaltarse que la interpretación y concreción de las disposiciones normativas de un determinado ordenamiento jurídico es una función inmanente al ejercicio de la jurisdicción, en procura de la salvaguarda de la integridad constitucional y la garantía efectiva de los derechos y la dignidad humana, en la medida en que:

*“(...) el sistema jurídico se integra por normas jurídicas que pueden ser reglas o bien principios que sirven para clarificar, complementar y racionalizar las reglas positivas pues las reglas jurídicas suelen presentar una textura abierta, definiciones flexibles o insuficiencias frente a la controversia concreta, a pesar de lo cual el juez preserva su imperativa de juzgar”* (Suarez, 2005, p. 342).

---

<sup>14</sup> En efecto, el origen de los derechos innominados debe de ser inminentemente jurisprudencial en la medida en que, tal y como se ha expuesto, una de las características centrales de dicha tipología de derechos es que no se encuentran expresamente reconocidos en el bloque de constitucionalidad y/o en las disposiciones normativas que lo desarrollan; por lo que, de establecerse por vía legislativa o reglamentaria una fuente normativa expresa de los mismos, estos perderían su naturaleza de derechos innominados al encontrar sustento y reconocimiento explícito en una pauta jurídica.

En concordancia con lo expuesto, la concreción del contenido y alcance del texto constitucional a partir del proceso de reconocimiento de los derechos innominados se sigue de los esquemas argumentativos e interpretativos utilizados por la Corte Constitucional para su reconocimiento, en tanto al reconocer un derecho innominado el juez constitucional analiza y determina las relaciones existentes entre los diversos principios y derechos que justifican, o más bien indican, su existencia (Corte Constitucional, Sentencia T-057, 2015).

Un tercer argumento para la validez material de los derechos innominados, íntimamente ligado con la función de concreción del texto constitucional, se encuentra dado por la relación del proceso de reconocimiento de estos con el principio de *Unidad de la Constitución*, en la medida en que, en el proceso adelantado por el operador jurídico para el reconocimiento de dicha tipología de derechos, se interpretan las diversas disposiciones de la Carta Constitucional de forma integral e interrelacionada en aras de “optimizar” o “armonizar” su contenido, al mismo tiempo que se propende por maximizar la efectividad de las garantías en esta contenidas para la protección de la dignidad humana y la preservación del contenido inherente a las premisas normativas incluidas en dicho texto (Stern, 1987, pp. 291-294; Corte Constitucional, Sentencia C-444, 1995; Corte Constitucional C-255, 1997).

En efecto, el principio de Unidad de la Constitución implica que en sede de interpretación “(...) *el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido*” (Rubio, 2005, p. 309), siendo por lo tanto ajustada al ordenamiento jurídico la interpretación de la constitución como un todo a partir de la cual se extraen o reconocen los derechos innominados.

Finalmente, en el mismo sentido de los argumentos dos y tres, los derechos innominados gozarían de validez material, en la medida en que su reconocimiento jurisprudencial sería coherente con el deber de salvaguarda del texto constitucional, así como con el principio de la *Fuerza Normativa de la Constitución*, entendido como la obligación de “(...) *proteger la norma suprema de toda acción u omisión de los poderes público violatoria de sus disposiciones, sin que sea lícito reconocer al legislador un espacio de inmunidad al control judicial cuando el desconocimiento de la Constitución se origina en su inactividad*” (Casal, 2006, p. 189).

De esta forma, considerando que el contenido y alcance de dicha tipología de derechos se deriva de las garantías explicitadas en el texto constitucional, la omisión de su reconocimiento y/o desarrollo por parte del legislador no puede convertirse en un limitante para su efectiva salvaguarda; siendo,

por lo tanto, coherente con el principio de la fuerza normativa de la Constitución, así como el deber de salvaguarda, el establecimiento de los derechos innominados por vía jurisprudencial en aras de precaver una eventual vulneración a los mismos a partir de la omisión o inactividad legislativa (García, 2018).

En síntesis, los derechos innominados gozan de validez material en la medida en que se derivan de la constitución, mediante procesos de asignación de significado a las disposiciones de textura abierta del texto constitucional. Por lo tanto, en la medida en que su alcance y contenido se encuentra predeterminado por los límites, principios y derechos explícitamente contenidos en la Carta Política, cumplen una función inmanente a la protección de las garantías fundamentales de la persona humana al esclarecer los límites y derroteros de aquellas.

## **3.2 Validez formal, superación de la supremacía del legislador y reintegración del concepto de validez**

### **3.2.1 El problema de la competencia y la validez formal**

Establecidas las razones para considerar jurídicamente válidos los derechos de reconocimiento jurisprudencial a partir del criterio material, resulta imperativo analizar el problema de la validez formal que suscita la falta de competencia de los jueces en relación con la creación del derecho.

En este sentido, tal y como fue puesto de presente al conceptualizar el problema bajo estudio, aun cuando los enunciados normativos derivados o deducidos por la Corte Constitucional, para la salvaguarda de los derechos innominados, guarden una relación de correspondencia con los fines y garantías de la constitución, lo cierto es que, al menos si asumimos que al interpretar los jueces asumen un papel creativo, el proceso para su reconocimiento o creación vulneraría el núcleo duro de la constitución al usurpar una función que al tenor del artículo 150 Superior reposa en cabeza del congreso.

Dicha usurpación parece patente, si se confrontan, una a una, las funciones otorgadas al Congreso de la Republica y a la Corte Constitucional, respectivamente, en los artículos 150 y 241 de la Carta Fundamental que a continuación se transcriben:



FUNCIONES CONSTITUCIONALES	
Congreso de la Republica	Corte Constitucional
<p><b>Artículo 150.</b> Corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.</li> <li>2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.</li> <li>3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.</li> <li>4. Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.</li> <li>5. Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales.</li> <li>6. Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la cual residencia de los altos poderes nacionales.</li> <li>7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.</li> <li>8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.</li> <li>9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.</li> <li>10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. Estas facultades no se podrán conferir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.</li> </ol>	<p><b>Artículo 241.</b> A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.</li> <li>2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimientos en su formación.</li> <li>3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos por vicios de procedimiento en su convocatoria y su realización.</li> <li>4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.</li> <li>5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 342 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimientos en su formación.</li> <li>6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.</li> <li>7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.</li> <li>8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.</li> <li>9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.</li> <li>10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no</li> </ol>

<ol style="list-style-type: none"> <li>11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.</li> <li>12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.</li> <li>13. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arregla el sistema de pesas y medidas.</li> <li>14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa.</li> <li>15. Decretar honores a los ciudadanos que hayan prestado servicio a la patria.</li> <li>16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.</li> <li>17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueran eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar. En ningún caso el delito de secuestro, ni los delitos relacionados con la fabricación, el tráfico o el porte de estupefacientes, serán considerados como delitos políticos o como conductas conexas a estos, ni como dirigidas a promover, facilitar, apoyar, financiera, u ocultar cualquier delito que atente contra el régimen constitucional y legal. Por lo tanto, no podrá existir respecto de ellos, amnistía o indulto.</li> <li>18. Dictar normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías.</li> <li>19. Dictar las normas generales y señala en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Organizar el crédito público;</li> <li>b. Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;</li> <li>c. Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;</li> <li>d. Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;</li> </ol> </li> </ol>	<p>serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado unilateral sean declaradas inexecutable por la Corte constitucionales, el Presidente de la república sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.</li> <li>12. Darse su propio reglamento.</li> </ol>
---	---

<p>e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;</p> <p>f. Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.</p> <p>Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.</p> <p>20. Crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras.</p> <p>21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.</p> <p>22. Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta directiva.</p> <p>23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.</p> <p>24. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.</p> <p>25. Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República. Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.</p>	
---	--

Nótese que, de los artículos y numerales transcritos, parece seguirse sin lugar a duda que la creación, reconocimiento o derivación de normas, y aun la interpretación de estas, escapa al alcance y contenido de la competencia formal otorgada a la **Corte Constitucional** a partir de lo consignado en el artículo 241 de la Constitución. Sin embargo, de las normas en cuestión, sólo es posible inferir la falta de “*competencia material*” de la Corte Constitucional para crear normas, más no la falta de validez formal de los derechos cuya existencia ha sido reconocida jurisprudencialmente.

En efecto, no puede perderse de vista que, tal y como se esbozó sucintamente en apartados anteriores, particularmente al analizar la validez material de los derechos innominados, la función de salvaguarda de la constitución en cabeza de la Corte Constitucional implica necesariamente la “capacidad” de moldear el contenido y alcance de las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico constitucional, así como de reconocer, a partir de los elementos que lo integran, la existencia de disposiciones y/o garantías implícitas encaminadas a efectivizar o materializar los fines del Estado constitucional de derecho.

En otras palabras, si bien del artículo 150 superior se desprende con claridad la ubicación en cabeza del legislador de la competencia para crear, eliminar e interpretar las normas, lo cierto es que a partir

de una revisión sistemática de las competencias en cabeza de la Corte Constitucional, establecidas en el artículo 241 superior, es posible reconocer -en cabeza de dicho órgano jurisdiccional- una suerte de poder legislativo negativo, en la medida en que, al interpretar las pautas y disposiciones constitucionales, posee la capacidad para expulsar del ordenamiento tanto normas como sentidos interpretativos, fijando en el proceso, mediante el reconocimiento o concreción de las garantías constitucionales, los límites a la función legislativa (López, 2011, p. 179; Kelsen, 1995, p. 318).

Indudablemente, al analizar el artículo 241 Constitucional, es posible afirmar, por un lado, que a la Corte Constitucional “*se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*”. Ello implica, tal y como sistemáticamente se ha expuesto, que:

*“(…) la Corte Constitucional es también órgano “límite” de interpretación legal, pues de las condiciones estructurales de su funcionamiento, en el control de constitucionalidad de la ley, es perfectamente posible que la cosa juzgada constitucional incluya el sentido constitucionalmente autorizado de la ley oscura. En efecto, a pesar de que si bien es cierto, de acuerdo con lo regulado en el Título VIII de la Constitución, la administración de justicia se organiza a partir de la separación de jurisdicciones y, por ello, corresponde a los jueces ordinarios la interpretación de la ley y, a la Corte Constitucional la interpretación última de la Constitución, no es menos cierto que hace parte de la esencia de la función atribuida a esta última el entendimiento racional, lógico y práctico de la ley cuyo control de constitucionalidad debe ejercer. De hecho, el control de constitucionalidad de la ley tiene una incidencia normativa indiscutible porque esta Corporación no podría salvaguardar la integridad de la Constitución, si no tiene claro el sentido de las disposiciones legales que deben compararse con las normas superiores que se acusan como infringidas; o tampoco si ejerce el control de constitucional sobre textos normativos que no coinciden con la praxis ni con su aplicación generalizada y dominante por parte de las cortes; ni cuando en un mismo texto legal encuentra normas conformes y otras contrarias a la Constitución; ni cuando el texto legal es inconstitucional no por lo que dice sino por lo que deja de decir, esto es, cuando se presenta una inconstitucionalidad por omisión; ni podría proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados con la aplicación concreta de la ley, entre otras razones” (Corte Constitucional, Sentencia C-820, 2006).*

De igual forma, el establecimiento de dicha potestad conlleva a una delimitación de la competencia a lo estrictamente establecido en dicho artículo, o tal vez por ministerio de dicha acotación, que “*cuando existen dudas sobre el alcance de una de las competencias consagradas en el artículo 241 superior, es natural que se prefiera aquella interpretación que mejor permita la guarda de la supremacía de la Carta*” (Corte Constitucional, Sentencia C-400, 1998)

De otro lado, a partir de lo plasmado en el artículo 241 de la Constitución, es posible afirmar, en desarrollo del trabajo Luis Prieto Sanchis (1991), que como otros Tribunales Constitucionales la Corte cumple dos tareas:

*“(…) un control abstracto de normas a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y un control concreto en defensa de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Dicho de forma resumida, la primera tarea erige al Tribunal en legislador negativo, esto es, le dota de competencia, no para desarrollar la Constitución o para legislar, sino para expulsar del ordenamiento aquellas normas que resulten incompatibles con los preceptos constitucionales; mientras que la segunda tarea hace del Tribunal algo muy parecido a un juez ordinario, si bien limitando sus parámetros de enjuiciamiento a las normas que reconocen derechos fundamentales. En estas condiciones, resultaría que la fuerza o virtualidad de las decisiones del Tribunal sería en uno y otro caso de muy distinta naturaleza: allí donde el tribunal no puede orientar la actuación de otros operadores jurídicos, pues ha de limitarse a responder con un “sí” o con un “no” a la pregunta sobre la inconstitucionalidad de una ley, sus decisiones serían en todo equiparables a las del legislador; y, en cambio, allí donde resuelve un recurso de amparo, declarando si cierta actuación pública es compatible con el sentido de los derechos fundamentales, su interpretación no tendría más fuerza que la de un precedente judicial autorizado.*

*(…) Esta particular fuerza conformadora de la jurisprudencia constitucional hace de su responsable - el Tribunal- un sujeto especialmente cualificado desde el punto de vista de la interpretación o de la argumentación jurídica. En primer lugar, porque, a diferencia del legislador cuyo poder es indiscutible para dictar normas, pero no para razonar sobre ellas, el Tribunal actúa como un auténtico órgano jurisdiccional, es decir, actúa a instancia de parte, conecta su actividad a casos y controversias y, sobre todo, ha de fundar su decisión en una motivación que se extiende no solo al estricto enunciado normativo sino también a los preceptos que derivan de la interpretación de ese enunciado. Y, en segundo lugar, a diferencia del juez ordinario cuyas decisiones sólo se despliegan hacia el futuro en cuanto que precedentes, las del Tribunal tienen la fuerza propia de las normas del legislador, operando directamente sobre el ordenamiento que habrá de proporcionar la premisa mayor de los futuros actos de interpretación. En suma, el Tribunal Constitucional se muestra como un intérprete creador del derecho, no ya en el sentido de que proyecte su subjetividad o sus concepciones morales sobre la concreta decisión que adopta, sino en el sentido más fuerte de que hace de su razonamiento un elemento más del orden jurídico en su conjunto” (pp. 177-180).*

Aunque en efecto la construcción y análisis de las funciones de los Tribunales Constitucionales elaborada por Prieto Sanchis (1991) es coherente con el conjunto de facultades otorgadas a la Corte

Constitucional, lo cierto es que es necesario separarse, bajo el ordenamiento jurídico colombiano, de la premisa de acuerdo con la cual al decidir asuntos relativos a los derechos fundamentales el juez constitucional actúa como un operador jurídico más.

En efecto, dicha consideración resulta artificial en relación con las funciones de la Corte Constitucional si se toma como punto de partida una interpretación sistemática del artículo 241 superior a la luz de los artículos 86 y 230 de la Constitución. En primer lugar, por cuanto al ser la Corte Constitucional la encargada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 241, de revisar las decisiones judiciales adoptadas en relación con la acción de tutela y, por lo tanto, constituirse como el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, es necesario, en atención al principio de igualdad, que sus decisiones sirvan como guía única para la interpretación y protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía. En segundo lugar, por cuanto, al encontrarse en cabeza de la Corte Constitucional la salvaguarda de la Constitución es necesario que las subreglas de derecho fijadas por esta, aun en las sentencias de tutela, se conviertan en límites efectivos a la potestad de configuración del legislador en procura de la salvaguarda de las garantías mínimas de la ciudadanía.

A partir de lo anterior, es posible plantear que el reconocimiento de los derechos innominados a través de pronunciamientos jurisdiccionales no constituye una intromisión por parte de dicho ente judicial en las funciones del legislador, sino que, por el contrario, representa -tal y como se pasa a analizar a la luz de la meta norma de la garantía institucional- el legítimo ejercicio de una facultad cuya existencia resulta necesaria para el efectivo ejercicio de las funciones explícitamente asignadas a partir del artículo 241 superior a la Corte constitucional.

### **3.2.2 De la validez formal y la competencia institucional: El filtro de la garantía institucional como criterio de validez.**

En primera medida es necesario poner de presente que, si bien es posible afirmar que la competencia material determina parcialmente la validez formal de las normas, los juicios relativos a la:

*“(…) concurrencia o no de este elemento presentan una peculiaridad importante que no se produce respecto del resto de elementos determinantes de la validez formal; cuando tratamos de determinar si un órgano es o no competente para la producción de ciertos contenidos normativos nos resulta necesario atribuir un significado a las disposiciones que los expresan: al igual que cuando juzgamos*

*la validez material de una norma, la identificación del vicio de competencia presupone la interpretación de la fuente en cuestión” (Rodenas, 2007, p. 546).*

En desarrollo de lo anterior, es necesario aclarar que:

*“Los conflictos de competencia material involucran a dos (o más) entidades jurídicas dotadas de poder político. Se trata de entidades con capacidad de alterar la situación normativa de los sujetos; pueden modificar, como resultado del ejercicio de una potestad legislativa, reglamentaria o administrativa, el conjunto de derechos y obligaciones de los individuos a ellas sometidos. Dichas entidades compiten entre sí por el ejercicio del poder político en una cierta materia. El resultado de la competición es el característico de los llamados «juegos de suma cero» en la medida en la que una de las entidades atrae hacia sí la competencia material objeto de la disputa, disminuyendo el poder político de la otra” (Rodenas, 2007, p. 550)*

De la definición transcrita pareciera surgir un nuevo obstáculo conceptual para el análisis de la competencia material para el reconocimiento de los derechos innominados por la Corte Constitucional, y por tanto de la validez formal de los mismos, en la medida en que sólo sería posible afirmar la existencia de competencia material, para la modificación de los derechos y obligaciones en cabeza de los individuos, de aquellas entidades con potestades legislativas, reglamentarias o administrativas para ello. Por lo que careciendo la Corte Constitución de dicha competencia explícita al tenor de lo dispuesto en el artículo 241 superior, carecería en apariencia de la capacidad material para reconocer dichos derechos.

Pese a lo anterior, en concordancia con lo expuesto a lo largo del presente trabajo, lo cierto es que en cabeza del juez constitucional, reposa una suerte de poder legislativo indirecto que le permite, no sólo expulsar determinadas disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, sino también ampliar el sentido, contenido y alcance de las normas en aras de ajustar los derechos y obligaciones que de aquellas se derivan a los cánones y principios constitucionales (Pérez, 2013, p. 27), introduciendo por esta vía elementos que el texto de la disposición en sí considerado no prevé (Díaz, 2001).

Retomando el análisis de la competencia material, es menester indicar que para la evaluación de esta sólo son pertinentes:

*“(...) aquellas razones, sustantivas o institucionales, que contribuyan a dotar de sentido a la institución cuya competencia se cuestiona (...) podríamos decir que las razones que se toman como base para la resolución de la controversia deberán haber pasado por una suerte de filtro institucional. Dicho filtro institucional atañe directamente al fin o sentido por el que se atribuye una competencia a una determinada entidad jurídica, pero también comprendería, en un sentido más amplio, consideraciones relativas al encaje de la entidad en el conjunto del entramado institucional en el que se desenvuelve. Ambos tipos de consideración -las relativas al fin propio de la entidad y las que (sic) concernientes al encaje institucional de la entidad- se entretejerían formando un filtro institucional por el que debe pasar toda razón que se pretenda relevante para la resolución de la controversia sobre la competencia material”*

Dichos conflictos de competencia son susceptibles de ser clasificados, siguiendo el trabajo de la Dra. Ángeles Ródenas Calatayud (2007), en conflictos horizontales de competencia, entendidos como todos aquellos que pueden presentarse entre entidades no articuladas jerárquicamente entre sí, y en conflictos verticales de competencia, entendidos como todos aquellos que se presentan entre entidades cuyas fuentes se hallan jerárquicamente subordinadas.

Por regla general los conflictos de competencia horizontal son susceptibles de ser resueltos en aplicación del principio general de separación, el cual ordena que *“(...) para la resolución de conflictos de competencia se estará a las razones institucionales que están en la base del reparto competencial; excluyendo cualquier otra razón (sustantiva o institucional) que, aunque forme parte del sistema jurídico, no guarde relación con la función de la distribución de la competencia”* (Ródenas, 2007, p. 552).

Por su parte, los conflictos de competencia vertical son generalmente susceptibles de ser abordados a partir de la garantía institucional constitucional, mediante la cual los jueces hacen *“(...) valer un reducto indisponible o núcleo esencial de las instituciones que la Constitución garantiza y que no puede ser rebasado por el legislador”* (Ródenas, 2007, p. 553). En este sentido, el principio *“(...) opera como una garantía de los elementos imprescindibles constitutivos del núcleo esencial de la institución constitucionalmente garantizada”* (Ródenas, 2007, p. 553)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> En aras de dotar de claridad al concepto de garantía, es necesario mencionar que por este debe entenderse, prima facie, a todos *“(...) aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el Sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho*



Es necesario mencionar que la Garantía Institucional, en tanto meta norma interpretativa, se diferencia del principio de la garantía institucional en la medida en que:

*“(...) no obliga al aplicador del Derecho a excluir ciertas razones del conjunto de principios que sirven de base para la decisión; la garantía institucional obliga a los tribunales a fijar un cierto límite mínimo institucional que el legislador ordinario no puede traspasar y, en el supuesto de que tal límite haya sido traspasado, a bloquear el peso de otras razones que, en principio deberían de servir como fundamento de la decisión -como el principio de jerarquía normativa o de deferencia al legislador-. Dicho en otros términos, cuando el órgano superior se extralimita en la auto atribución de su competencia, la meta norma interpretativa de la garantía institucional opera como un mecanismo de inhibición del peso de los principios aplicables a la controversia”*

Sin perjuicio de lo hasta ahora expuesto, *“(...) la garantía puede operar también en los conflictos horizontales. Aunque, como acabamos de ver, los conflictos horizontales se gobiernan por el principio de la competencia, siempre que el exceso en la arrogación de competencia por parte de un órgano ponga en peligro la subsistencia del otro será necesario echar mano de la garantía institucional para resolver la controversia”* (Ródenas, 2007, p. 555)

Continuando con el desarrollo de la meta norma de la garantía institucional, es necesario resaltar que esta es coherente con la planteado en la sentencia C-351 (Corte Constitucional, 2004) cuando al analizar el conflicto de competencias suscitado por la injerencia o intromisión del Ministerio de comunicaciones en el accionar de la Comisión Nacional de Televisión estableció que:

*“(...) la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es lo que podría denominarse una “garantía institucional” del organismo, que le permite desarrollar sus funciones a salvo de presiones políticas y económicas y lejos de la influencia de los gobiernos de turno. La garantía institucional de la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, que le asegura el aislamiento de las fuentes de presión política y económica, abriga el derecho de la sociedad a que la televisión no sea controlada por grupos de*

---

*y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del Sistema constitucional y su configuración normativa o institucional”* (Peña, 1997, p. 28).

*interés, ofreciéndose a todos de manera independiente, democrática y pluralista. En este sentido, la autonomía representa para la Comisión Nacional de Televisión un rasgo mínimo de su naturaleza institucional, sin el cual no le sería posible desarrollar a plenitud su objeto jurídico”*

Ahora bien, al abordar el problema que suscita la falta de competencia material de la Corte Constitucional para reconocer los derechos innominados a partir de las categorías expuestas, resulta forzoso establecer que:

- I. El reconocimiento de los derechos innominados en ejercicio de la función judicial implica un conflicto de competencias entre el Congreso de la República (Poder Legislativo), facultado para la expedición de normas, y la Corte Constitucional (Poder Judicial), garante de la salvaguarda de la constitución y los derechos fundamentales. Ello, en la medida en que al reconocer la existencia de un derecho innominado la Corte Constitucional atrae hacia sí una competencia que, en apariencia, corresponde únicamente al Congreso de la República.
- II. El conflicto de competencias suscitado por el reconocimiento de los derechos innominados en ejercicio de la función judicial constituye un *conflicto de competencia horizontal*, en la medida en que entre la Corte Constitucional y el Congreso de la República no existe una subordinación y/o articulación jerárquica o funcional.
- III. Dicho conflicto puede ser abordado tanto a partir de la aplicación del principio de separación, como a partir de la aplicación del principio de la competencia institucional. Sin embargo, tal y como a continuación se desarrollará, la aplicación del primero de estos principios a la solución del conflicto de competencia horizontal que presenta el reconocimiento de los derechos innominados por parte de la Corte Constitucional podría conllevar tanto a la pérdida de eficacia de las competencias irrogadas a dicho órgano jurisdiccional, como al establecimiento de una traba para la efectiva salvaguarda de la constitución y las garantías mínimas de la ciudadanía.
- IV. En virtud de lo anterior, resulta necesario aplicar la meta norma de la garantía institucional al análisis del conflicto de competencia horizontal existente entre el Congreso de la República y la Corte Constitucional, en virtud del reconocimiento de los derechos innominados por parte de esta última, en aras de establecer si al reconocer

derechos innominados por vía jurisprudencial la Corte Constitucional usurpa efectivamente la competencia legislativa del Congreso; o sí, por el contrario, en cabeza de la Corte Constitucional reposa la facultad para reconocer en ejercicio de la función judicial la existencia de derechos no establecidos explícitamente por el ordenamiento jurídico.

En desarrollo de lo expuesto, es necesario mencionar que bajo el ordenamiento jurídico colombiano la función jurisdiccional:

*“(...) adquiere unas características singulares que vienen dadas por el contexto y el principio axiológico del Estado Constitucional de Derecho, según el cual todo ordenamiento constitucional está orientado a la garantía efectiva de los derechos e intereses de los individuos. Bajo esta lógica, el principal efecto funcional el principio de judicialización se encuentra en el establecimiento de un poder del Estado cuya finalidad sea garantizar los derechos legítimos de los ciudadanos a través de la corrección de la ilegitimidad del conjunto de relaciones procesos, actos de ejecución y producción jurídica, en relación con los valores y principios constitucionales que informan todo el ordenamiento. Ello, sin duda alguna, implicará la superación de aquellas otras concepciones de la función judicial más formalistas o deductivas que, de cara al nuevo modelo de estado, se juzgan como insuficientes.”* (García, 2018, pp. 66-67)

Ello, resulta coherente con el hecho de que corresponda a la Corte constitucional en ejercicio de la función jurisdiccional salvaguardar la integridad de la Carta Constitucional y garantizar la protección efectiva de los derechos y garantías inherentes a la persona humana. Lo anterior implica, a su vez, que la actividad jurisdiccional de la Corte se caracteriza por encontrarse ligada únicamente al “interés del derecho” en la medida en que encarna *“(...) la garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los individuos puedan incurrir”* (Peña, 1997, p. 228, citado por García, 2018, p. 67).

En este sentido, al aplicar la meta norma de la garantía institucional a las competencias de la Corte Constitucional, resulta forzoso concluir que en cabeza de aquella debe reposar la competencia material para reconocer jurisprudencialmente la existencia de los derechos innominados, en aras de garantizar la efectiva salvaguarda de las garantías inherentes al ser humano, así como precaver una

eventual vulneración a los mismos como consecuencia de una omisión legislativa o una restricción injustificada en virtud de la promulgación de una determinada disposición jurídica.

De igual forma, si se toma en consideración la literalidad del artículo 2° del Decreto-ley No. 2591 de 1991 es posible inferir la existencia de una competencia material de índole legal en cabeza de la Corte Constitucional para reconocer o determinar la existencia de derechos innominados al conocer de las acciones de tutela, toda vez que al definir los derechos susceptibles de ser amparados por esta acción constitucional se estableció que: “(...) *cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión*”.

De allí que, reconociéndose la existencia de dicha facultad o competencia en cabeza de la Corte Constitucional, sea posible afirmar que el reconocimiento de los derechos innominados a través de la jurisprudencia se ajusta tanto a los requisitos de validez formal como material, a partir de la retro integración del concepto de validez que obedece al establecimiento de la competencia material, para la identificación jurisprudencial de dicha tipología de derechos como elemento esencial para el efectivo cumplimiento de los fines y funciones que el texto constitucional asigna a la Corte Constitucional, a partir de la aplicación de los principios, valores y garantías que conforman el ordenamiento jurídico constitucional.

En concordancia con lo anterior, las razones o lineamientos de tipo procedimental para la expedición de una determinada disposición normativa resultarían irrelevantes para el análisis de la validez formal de los derechos innominados de reconocimiento jurisprudencial en la medida en que estas se encuentran ligadas al funcionamiento y esencia misma de la institución que reconoce o crea el derecho, no siendo por lo tanto posible condicionar la validez de los derechos innominados reconocidos por vía jurisprudencia la aplicación o inaplicación de los procedimientos que debe satisfacer el legislativo para la expedición de una determinada disposición.

En efecto, tal y como lo sostiene Cross (2005), mientras el legislador se ve limitado por una serie de reglas de mayorías y debates inherentes al funcionamiento de un órgano de naturaleza democrática, el juez sólo se encuentra limitado, en virtud de su actividad, a las reglas de procedimiento y al deber de justificación que se satisface en virtud del proceso argumentativo para el reconocimiento de un derecho o garantía al analizar en su conjunto el texto constitucional y las interrelaciones que se siguen del mismo.

Ahora bien, la propuesta para la validez de los derechos innominados desarrollada a lo largo del presente capítulo resulta coherente con los postulados de la teoría de MacCormick para la reintegración del concepto de validez del derecho, toda vez que:

- I. En primer lugar, el reconocimiento de los derechos innominados por parte de la Corte Constitucional satisface los requisitos argumentativos de *universalidad, coherencia y consecuencialidad* (Uprimny, 2008, p. 165), en la medida en que:
  - i. Su reconocimiento parte de una aproximación sistemática a los principios que componen el ordenamiento jurídico y se concreta en el establecimiento de una regla general mediante la cual se introduce al ordenamiento el derecho en cuestión (Universalidad).
  - ii. A su vez, en virtud del proceso para su determinación los derechos innominados resultan coherentes con el ordenamiento jurídico al derivarse del texto constitucional y los principios que lo integran, sin entrar en confrontación directa con el contenido o fines de aquellos (Coherencia).
  - iii. Por último, al perseguirse con el reconocimiento de dicha tipología de derechos satisfacer las garantías inherentes a la persona humana, así como ampliar el margen de protección de aquella, los derechos innominados de origen jurisprudencial cumplirían con el requisito de consecuencialidad.
- II. En segundo lugar, al establecer la existencia de la competencia en cabeza de la Corte Constitucional para el reconocimiento de los derechos innominados a partir de la operativización de la meta norma de la garantía institucional, se presenta una reintegración del concepto de validez, en la medida en que la validez formal de dichos derechos se “(...) *concreta y depura dinámicamente sometándose a una permanente redefinición conformada en términos de coherencia material*” (Suárez, 2013, p. 336), en aras de garantizar el efectivo ejercicio de las competencias y funciones que le son asignadas a la Corte Constitucional bajo el artículo 241 superior.

- III. En tercer lugar, el reconocimiento de la competencia material a la Corte Constitucional para el establecimiento de los derechos innominados en ejercicio de la función judicial a partir de las funciones de salvaguarda de la integridad de la constitución y la protección de las garantías mínimas de la persona humana, pese a la expresa atribución de competencia al Congreso de la República para la creación de las leyes, es coherente con la consideración de MacCormick (1995, p. 100) de que “(...) *todas las reglas jurídicas son derrotables*”, en la medida en que dicha atribución de competencia conlleva al establecimiento de una excepción frente a lo expresamente reglado en los artículos 150 y 241 superiores.
- IV. Finalmente, el reconocimiento de los derechos innominados goza de validez material, en virtud de su origen jurisprudencial, en la medida en que “(...) *si el precedente constituye una evidencia del derecho, sólo puede serlo porque a los jueces explícita o implícitamente fue atribuida autoridad para crear derecho a través de sus decisiones. De modo inverso, el propio reconocimiento del precedente como una evidencia del contenido del derecho significa el reconocimiento de los jueces para crear el derecho*” (MacCormick, 1998, p. 183).

Modulando lo afirmado por MacCormick para el caso en concreto, es necesario establecer, tal y como se ha mencionado, que cuando la Corte Constitucional reconoce la existencia de un derecho innominado en ejercicio de la función judicial, no lo hace a partir de un proceso creativo en sentido textual, sino que, se limita a inferir o reconocer su existencia a partir de las premisas y principios que integran el texto constitucional.

En un sentido similar, es necesario mencionar que la reintegración del concepto de validez utilizada como criterio para la determinación de la validez de los derechos innominados de origen jurisprudencial, se ajusta a los criterios y derroteros operativos del ordenamiento jurídico constitucional en la medida en que:

*“(...) los diversos elementos, categorías y procedimientos de racionalidad que se refieren al Derecho sólo adquieren sentido conforme a una visión última, compleja y dinámica del ordenamiento. Lo que materialmente significa que no cabe establecer a priori un concepto de validez cerrado, sino que hay que indagar en una caracterización dinámica del mismo que lo abra a la comprensividad. Tanto los órganos encargados de producir en primera instancia el Derecho, como los que tienen la función de*

*garantizar la autoridad y ejecutividad de ese Derecho contribuyen permanentemente a su definición dinámica. Por eso, el criterio unitario de validez se define como criterio primero y lógico de definición, pero que se posibilita en cuanto criterio último resultante de las diversas manifestaciones y consideraciones judiciales sobre el sistema jurídico. Todas estas consideraciones deben ordenarse como piezas de un puzle, de una imagen a recomponer, y tal deber ser la labor del descriptor positivista del Derecho (...).*

*Todos estos niveles se van integrando sucesivamente en una teoría comprensiva del Derecho hasta configurar un agregado en el que, por fin, todos adquieren el sentido definido por el conjunto, y no el inicial que presentan para su concreción analítica. Por eso, podría hablarse de una especie de validez prima facie y de otra validez consideradas todas las circunstancias” (Suárez, 2005, pp. 351-352)*

Dicha reintegración del concepto de validez resulta igualmente coherente con el ordenamiento jurídico, a partir de lo postulado de Weinberger (1999, citado por Suárez, 2005, p. 352), en la medida en que en el marco de una constitución como la colombiana:

*“(...) no es preciso apelar a una validez prima facie y a otra ulterior. Hay una y definitiva; la que se concreta gracias a la actuación legislativa y a las excepciones introducidas por el juez en sus interpretaciones conforme a criterios de principio. Así, “la institución es capaz y está obligada a ofrecer una solución que impulse la idea que delimita el núcleo de la institución, aunque esto suponga una debilitación de la regla positiva””*

Por lo anterior, resulta forzoso concluir que los derechos innominados gozan tanto de validez material como de validez formal, en la medida en que el efectivo ejercicio de la función de salvaguarda del texto superior asignada a la Corte Constitucional conlleva necesariamente a la existencia de una competencia implícita para concretar el contenido, alcance y sentido de las disposiciones de la carta, así como reconocer, a la luz de los cánones constitucionales, la existencia de garantías implícitas que permitan dotar de sentido y operatividad a los derechos, principios y valores explícitamente reconocidos en el texto fundamental.

De esta forma, la validez formal de los derechos innominados se encuentra determinada por la reintegración del concepto de validez en la medida en que, a partir de los derroteros materiales de competencia del juez constitucional, y la concordancia de los derechos innominados con el contenido de la Carta Constitucional, se redefinen los límites de la competencia de aquel para incorporar al ordenamiento jurídico disposiciones subyacentes al texto constitucional.

## 4. Conclusiones y recomendaciones

“Pues el legislador, cuya voluntad se escudriña, no es el autor de la ley, sino el Estado y el Estado no habla en la preparación de la ley, sino exclusivamente en la propia ley. La ley puede empero ser más inteligente que sus autores y el intérprete entenderla mejor que ellos. Él está obligado inclusive a entenderla mejor, pues la ley exige ser aplicada a casos que sus autores no podían prever. La voluntad del legislador es un fin y no un medio de interpretación y el legislador no es nada distinto de una expresión ficticia para la unidad sin contradicciones del contenido de la ley. No es idéntico con cualquier personalidad empírica que haya hecho la ley. Legislador, dice Hobbes, no es aquel por cuya autoridad se hizo primero la ley, sino aquel por cuya autoridad continúa siendo ley y exterioriza con esto que la voluntad del legislador, tal como se consigna en la ley, es cambiante con la historia, da nuevas respuestas a nuevas preguntas y trata de adoptar reglas variables a situaciones variables”

Radbruch, G. (2009, p. 44)

El presente trabajo ha propendido ubicar el origen y justificación de los derechos innominados en los principios y derechos consagrados en la Constitución de 1991, argumentando que estos son el resultado de la aplicación implícita y sistemática de la cláusula del catálogo de derechos abierto del artículo 94 superior, al interpretar el contenido material de la Carta Suprema con la finalidad de encontrar o desarrollar las garantías que integran la misma.

En efecto, tal y como se discutió a lo largo de este documento, el hecho de que los “derechos innominados” tengan su origen en la jurisprudencia constitucional ha problematizado el reconocimiento de su validez, al percibirse el reconocimiento por vía jurisprudencial de estos como una intromisión por parte de la Corte Constitucional en las facultades normativas que le



corresponden al legislador en atención al principio de separación de poderes (art. 150 y ss. de la C.P. de 1991).

No obstante, conforme a lo expuesto a lo largo de las líneas precedentes, es claro que el cuestionamiento de la validez de los derechos innominados resulta cuando menos artificial al derivarse la validez material de estos de su concordancia con los principios y derroteros constitucionales, así como su validez formal de la meta norma de la garantía institucional y la necesidad, dada la naturaleza abierta del texto constitucional, de concretar el contenido, sentido y alcance de este carta mediante la interpretación constitucional.

En efecto, a partir de las premisas desarrolladas a lo largo del presente trabajo, es posible concluir que los derechos innominados gozan tanto de validez material como de validez formal, toda vez que la función de salvaguarda del texto superior asignada a la Corte Constitucional conlleva implícitamente la existencia de la competencia para concretar el contenido, alcance y sentido de las disposiciones de la carta, así como reconocer, a la luz y a partir de los cánones constitucionales, la existencia de garantías implícitas encaminadas a dotar de sentido y operatividad a los derechos, principios y valores explícitamente reconocidos en el texto fundamental.

De esta forma, los derechos innominados gozarían de validez formal a partir de la reintegración del concepto de validez que se presenta mediante la operativización de los derroteros materiales de competencia del juez constitucional, y la concordancia de los derechos innominados con el contenido de la Carta Constitucional, que conlleva a redefinir los límites de la competencia de la Corte Constitucional para incorporar al ordenamiento jurídico disposiciones subyacentes al texto constitucional.

En concordancia con lo anterior, el reconocimiento y/o establecimiento de los derechos innominados por vía jurisprudencial no constituye una intromisión o usurpación de funciones del legislador por parte de la Corte Constitucional, sino simplemente el desarrollo del mandato constitucional de salvaguardar la integridad de la constitución a partir del desarrollo, en protección de los derechos fundamentales y las garantías mínimas inherentes a la persona humana, de los contenidos y enunciados que integran el clausulado del texto constitucional.

En síntesis, cuando el juez constitucional reconoce la existencia de un derecho innominado cuyo contenido se sigue o deriva de forma clara de las garantías, principios y derechos que conforman el

ordenamiento jurídico constitucional, no legisla, sino que se limita a esclarecer el alcance de una determinada disposición en desarrollo de las facultades interpretativas inherentes a la función judicial, que le son connaturales en virtud de la indeterminación y naturaleza abierta del derecho.

**Dicho lo anterior,** es necesario mencionar que futuras investigaciones deberán ocuparse de analizar en profundidad el sistema o sistemas utilizados por los diferentes jueces para derivar a partir de premisas jurídicas validas y preexistentes nuevas pautas normativas, resolviendo en el proceso las contradicciones internas que, al margen de la coherencia general otorgada por los principios, pueda tener el sistema jurídico, abandonando para ello las lógicas informales utilizadas en este trabajo en pro de lógicas formales que permitan apreciar y objetivar la aproximación al fenómeno estudiado, no sin antes resolver los problemas que para el manejo del derecho en términos lógicos presentan tanto el dilema de Jørgensen (Walter, 1996), como el teorema de Gödel (Smullyan, 2001), problemas que podrían ser superados mediante la utilización de lógicas paraconsistentes en sentido fuerte (Tanaka, 2013).

Finalmente, futuros estudios deberán ocuparse también de analizar la incidencia, en el proceso interpretativo de la constitución, de los sesgos y vicios de la racionalidad inherentes al razonamiento judicial y su efecto en la asignación de determinado sentido lingüístico a una proposición o conjunto de proposiciones debidamente determinadas; así como de abordar, a partir de una reconstrucción minuciosa del discurso, la fundamentación misma utilizada en el proceso de interpretación y argumentación, a partir de la determinación de su concordancia con los fines y derroteros de la constitución.

# Bibliografía

## I. Publicaciones Académicas

Aarnio, J. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, En: *Doxa*, No. 8, pp. 23-38

Aarnio, J. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: C.E.C.

Ackerman, B. (1991), *We the people: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.

Aguiló, J. (2002) *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*. Barcelona: Ariel.

Ahumada, M. Á. (2003) *Stare decisis* y creación judicial de derecho (constitucional): A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 67. pp. 351-365.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*: New York: Springer Verlag.

Alchourrón, C. E. (1995) Las concepciones de la lógica. En: Alchourrón, C.E. (ed.), *Lógica* (Enciclopedia Iberoamericana de filosofía, Vol. 7), Madrid: Trotta, pp. 11-47.

Alchourrón, C. E. (1996) On law and Logic. En: *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 4, pp. 331-348

Alchourrón, C. E. y Martino, A.A. (1988) *Lógica sin verdad*. En: *Theoria*, Revista de teoría, historia y fundamento de la ciencia, No. 7-8-9, pp. 7-43.

- Alexy, R. (1995). *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Derecho y razón práctica*. México D.F.: Ediciones distribuciones Fontamara.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2009). *Tres escritos sobre los derechos*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2009). *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático: Robert Alexy*. Carbonell, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, pp. 31-48
- Andaluz, H. (2013). *Constitución, Derechos y Jurisprudencia*. En: *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*. Julio, No. 16, pp. 10-41
- Arango, R. (2001). *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*. *Revista de Derecho público*, No. 12, pp. 185-212.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: Teorías de la Argumentación*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- Atienza, M. (2009). *Sobre la única respuesta correcta*, En: *Jurid. Manizales*, Vol. 6, No. 2, pp. 13-26
- Bailyn (2000). *White House Millennium Council*. (Documento Online). Disponible en: <https://clintonwhitehouse4.archives.gov/Initiatives/Millennium/bbailyn.html>
- Barnett, R. E. (1989). *Two conceptions of the Ninth amendment*, En: *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. 1268 (Documento Online). Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1268>

- Bateman, W. (2009). Procedural Due Process Under the Australian Constitution, En: Sydney Law Review, Vol. 21, No. 1, pp. 411-443.
- Bentham, J. (1962). Anarchical Fallacies. En: Bowring, J, (ed.), The works of Jeremy Bentham, Vol. 2, Londres: Athlone Press, pp. 1838-1843.
- Bernal, C. (2005). El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1991). El tiempo de los derechos. Madrid: Editorial Sistema.
- Bostiancic, M. (2008). La insuficiencia del modelo iuspositivista kelseniano y los aportes del modelo trialista en la elaboración de normas jurídicas, en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 11, pp.231-243.
- Brennan, W. (1997). The Constitution of the United States: Contemporary Ratification, en: David O'brien (ed). Judges on judging: Views from the bench. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.
- Brozek, B. (2015). On tû-tû. En: Revus, No. 27, pp. 15-23.
- Bulying, E. (1991). Sentencia judicial y creación del Derecho, En: Alchourron, Carlos y Bulying, Eugenio, Análisis Lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 355-369.
- Bulying, E. (2013), Los jueces ¿crean derecho?, En: Revista Isonomía, No. 18, pp. 7-25.
- Burorgue-Larsen, L. (2010). La dignité saisie par les juges en Europe, Bruxelles, Bruylant. En: Droit et justice, No. 95. pp. 55-78
- Candia Falcón, G. (2014). Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad del tribunal constitucional. En: RDUCN, Vol. 21, No. 1, pp. 497 – 521.

- Caplin, L. y Harty, K. (2014). Ireland. (en línea) En: Media Law International, pp. 139-143.  
Disponible en: <http://www.medialawinternational.com/Ireland%20Article.pdf>
- Carrio, G. (1981). Dworkin y el positivismo jurídico, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carnelutti, F. (2015). Cómo nace el derecho. Bogotá: Editorial Temis
- Casal, J. (2006). Constitución y Justicia Constitucional. Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello.
- Cepeda, J. (2008). Polémicas constitucionales, Bogotá: Legis.
- Chinchilla, T. (2009). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?: Las nuevas líneas de la jurisprudencia, Bogotá: Temis.
- Coke, E. (1832). The first part of the institutes of Laws of England, Londres.
- Contreras, S. (2012). Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales. En: Estudios de filosofía practica e historia de las ideas, Vol. 14, No. 2, pp. 17-28.
- Copi, I., y Cohen, C. (2013). Introducción a la lógica. México D.F.: Limusa.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. En: Courtis, C. y Atienza, M. Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Madrid: Trota, pp. 105 – 156.
- Cross, F.B. (2005). Appellate court adherence to precedent. En: Journal of Empirical Legal studies, 2005. No. 2.
- Cruz Parceró, J. A. (2006). Los métodos para los juristas. En: Courtis, C. y Atienza, M. Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Madrid: Trota, pp. 17-39.

- Da Rosa de Bustamante, T. (2012). El carácter del derecho: una defensa del Post-Positivismo de MacCormick. En: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, no. 35, pp. 41-58.
- Daugherty, C. (2016). The constitution of the commonwealth of Australia, En: International Journal of Constitutional Law, Vol. 14, No. 4, pp. 1038-1043.
- De Otto, I. (1995). Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes, Barcelona: Ed. Ariel.
- Delgado, J. (1990). Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas, En: Doca, No. 7, pp. 101-167.
- Díaz, F. (2001). Las sentencias interpretativas en el tribunal constitucional, Valladolid: Lex nova.
- Díaz, T. (2011). Validez del derecho: Análisis conceptual a partir de los modelos teóricos de Kelsen y Alexy, En: Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, Vol. 3, No. 1, pp. 105-111
- Dixon, R. (2016). An Australian (partial) bill of rights, En: International Journal of Constitutional Law, Vol. 14, No. 1, pp. 80-98.
- Dunbar, L. (1956) James Madison and the Ninth Amendment. En: Virginia Law Review. Junio, vol. 42. No. 5, pp. 627-643.
- Duque Sandoval, O. (2007). Concepciones del Derecho y discrecionalidad Judicial, En: Criterio Jurídico, No. 7, pp. 35-58.
- Dworkin, R. (1985). A matter of principle, Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1992). Unenumerated Rights: Whether and how Roe Should be Overruled. En: University of Chicago Law Review. Vol. 59, pp. 381-432.
- Dworkin, R. (1992). Los derechos en serio. Barcelona: Gedisa.

- Escobar, L. (2008). El uso del precedente extranjero por parte de la Corte Constitucional Colombiana, En: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 13, pp. 391-409
- Espiell Gros, H. (1999) Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29. C. de la Convención americana sobre los derechos humanos (Documento Online). Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225>
- Estrada, J. (2003). El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001, En: *Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fallon Jr., R. (2015). The meaning of legal “meaning” and its implications for theories of legal interpretation. En: *The university of Chicago Law Review*, N° 82, págs. 1235-1308.
- Fernandez, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Doctrina Constitucional. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, No 39, p. 195-247
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 1989
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho, En: *RIFP*, Vol. 17, pp. 31-45.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Figueroa-Mejía, G. (2001). Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular. *Dikaion*, Vol. 19, No. 1, pp. 139-161.
- García, E. (1968). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: universidad Nacional autónoma de México.



- García, L. (2012). El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del Derecho: El caso colombiano. En: *Boletín Mexicano del Derecho Comparado*, Vol. XLV, No. 133, pp. 93-118
- García, R. (2010). La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart, En: *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 8, pp. 1-26.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno*. Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional.
- Garvey, G. E. (1971). Unenumerated Rights – Substantive Due Process, The ninth Amendment and John Stuart Mill. En: *Wisconsin Law Rev.*, No. 3, pp. 922-938.
- Goldschmidt, W. (1978). *Justicia y Verdad*, Buenos Aires: Editorial Fedye.
- Guastini, R. (2009). “La constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano, En: Carbonell, M. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, pp. 49-75
- Guastini, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado, En: *Discusiones*, No. 11, pp. 27-57.
- Guastini, R. (2014). Les juges Créen-ils du droit?: Les idées de Alf Ross. En: *Revus*, No. 24, pp. 99-113.
- Guastini, R. (2015). *Las fuentes del derecho: Fundamentos Teóricos*. Lima: Raguel Ediciones.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A. (2012). *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hernández, R. (2003). Sobre la concepción lógica del derecho, En: *Isonomía*, No. 18, pp. 79-110
- Hill, L. (2017). Compulsory voting and the promotion of human rights in Australia, En: *Australian Journal of Human Rights*, Vol. 23, No. 2, pp. 188-202.

- Hinestroza, L. (2014). El concepto de validez del derecho: Una aproximación a la visión finnisiana, *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, No. 42, pp. 186-204
- Holmes, O. (1987). *The Path of the Law*, En: *Harvard Law Review*, Vol. X, No. 8, pp. 457-478.
- Hoyos, A. (1993). *La interpretación Constitucional*, Bogotá: Editorial Temis.
- Hutcheson Jr., J.C. (1929). Judgment intuitive the function of the hunch in judicial Decision, En: *Cornell L. Rev* 274, Vol. 14. Disponible en: [scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2](http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2).
- Iturralde, V. (1995) Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas del civil Law: El caso Español. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XII, p. 401-421.
- Jiménez, R. (2009). Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento, En: *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, No. 10, pp. 79-128.
- Johnson, J. W. (2001). *Historic U.S. Court Cases: An Encyclopedia*, New York: Routledge. 2001 p. 446-447; *Santa Clara County v Southern Pacific Railroad* (1886); *Patterson, J. Brown v Board of Education: A civil Rights Milestone and its trouble legacy*, Cambridge: Oxford University Press. 2002.
- Jones, T. (1996). Freedom of Political Communication in Australia, En: *The international and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 2, pp. 392-401.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: UNAM
- Kelsen, H. (1997). *Teoría Pura del Derecho* (1960), México: Porrúa.
- Köpcke, M. (2015). Capítulo 25: Validez, En: Fabra, J. y Rodríguez, V., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. II, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Lakatos, I. (2003). *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza Editorial, 1989

- Landa, C. (2011). Organización y funcionamientos del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores
- Larson, S. (2014). Justice “under” law: The bodily incarnation of legal conceptions over time, En: *Int J. Semiot Law*, pp. 613-626.
- López, A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?, En: *Cuestiones Constitucionales*, No. 24, pp. 170-193.
- López, D. E. (2004). *Teoría Impura del Derecho: La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*, Legis Editores, Colombia.
- Madison, J. (1789). Speech Introducing Bill of Rights. *The Founders' Constitution* Volume 5, Bill of Rights, Document 11. The University of Chicago Press. Disponible en: [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill\\_of\\_rightss11.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss11.html)
- MacCormick, N. (1986). On analytical jurisprudence, en: MacCormick, N. y Weinberger, O., *An institutional theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Springer-Science + Business Media, pp. 93-107
- MacCormick, N. (1992). The Separation of Law and Morals, En Robert Georg (ed.) *Natural Law Theories. Contemporary Essays*, Oxford, pp. 120-121.
- MacCormick, N. (1995). Defeasibility in law and logic, *Informatics and the foundations of legal reasonin*, Dordrecht: Edit. Kluwer Academic Publisher.
- MacCormick, N. (1998). Precedent as a Source of Law, en: Attwood, E. y Comanducci, p. *Sources of law and legislation: proceedings of the 17<sup>th</sup> World Congress of Philosophy of law and social philosophy*, *Archiv für Rechts und-sozialphilosophie, Beiheft* pp. 177-185
- MacCormick, N. (1999). My Philosophy of Law, en: Wintgens, L. (ed.) *The law in Philosophical perspectives*, Dordrecht: Kluwer, pp. 121-145.
- MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press.

- MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*, Lima: Ed. Palestra.
- Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law*, Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Marshall, T. (1997). *The constitution: A Living document*, en: David O'brien (ed). *Judges on judging: Views from the bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.
- Maya Amador, J. A. y Gómez Cardozo, M. A. (2014). *Criterios de la Corte constitucional para determinar el carácter fundamental de los derechos a través de la jurisprudencia*. En: *Advocatus*. vol. 11. No. 23. pp. 149-166
- McHugh, M. (2001). *Does chapter III of the Constitution protect substantive as well as procedural Rights?* En: *Australian Bar Review*, No. 235.
- Mejía Quintana, O. (2016). *La tensión epistemológica entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica: Hacia una teoría crítica del derecho*, *Revista Filosofía UIS*, Vol. 15, No. 1, pp. 107-136.
- Millar, E. (2006). *Qu'est-ce qu'une norme juridique?* En: *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, pp. 59-62.
- Moreso, J. J. (2004). *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho*, En: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 27, pp. 45-62.
- Moreso, J. J. (2010). *Tomates, Hongos y Significado Jurídico*, EN: Moreso, J.; Prieto Sanchis, L.; y Ferrer Beltrán, J. *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 15-47.
- Nash, C. (2006). *Los derechos fundamentales el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI*. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 1305-1333

- Navarro, P. (1993). Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho, En: DOXA, No. 14, pp. 243-268.
- Neuhaser, C. (2004). Matemáticas para ciencias, México: Pearson.
- Nino, C. (1985). La validez del derecho, Buenos Aires: Astrea.
- Noguera, H. (2000). Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos, Anuario de Derecho Latinoamericano, Buenos Aires: CIEDLA, Konrad Adenauer.
- Noguera, H. (2015). El bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia. En: Estudios Constitucionales, año 13, No. 2, pp. 301-350
- O'mahony, C. (2016). The dignity of the individual in Irish Constitutional Law, En: Grimm, D., Kemmerer, A. y Mullers, C. (eds), Human Dignity in Context, Oxford: Hart Publishing.
- Paust, J. (1975). Human Rights and Ninth Amendment: A new form of Guarantee. En: Cornell Law Review, Vol. 60, No. 2, pp. 231-267.
- Peces Barba, G. (1973). Derechos Fundamentales, Madrid: Guardiana de Publicaciones.
- Peña, A. (1997). La garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Madrid: Editorial Trotta.
- Pérez, F. (2013). El "poder legislativo indirecto" del juez constitucional, En: Derecho y Realidad, No. 22, pp. 19-32.
- Pérez, M. (2010). Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart, En: Revista de Estudios Jurídicos, No. 10, pp. 1-24
- Pizzorusso, A. (1989). Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano. En: Revista del centro de estudios constitucionales, No. 3, pp. 269-321.

- Plazas, M. (1998). Del realismo al trialismo jurídico: Reflexiones sobre el contenido del derecho y la formación de los juristas, Bogotá: Temis.
- Posner, E. (2008). Does political bias in the judiciary matter? Implications of judicial bias studies for legal and constitutional reform. En: University of Chicago Law Review, No. 75, pp. 853-883.
- Posner, R. (1992). Legal reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The question of unenumerated Constitutional Rights. En: University of Chicago Law Review, vol. 59, pp. 433-450
- Posner, R. (2011). Como deciden los jueces, Madrid: Marcial Pons.
- Posner, R. (s.f.). El rol de juez en el siglo XXI. En: Themis, No. 58, pp. 199-211.
- Prieto, L. (1987). Ideología e interpretación Jurídica. Madrid: Tecnos.
- Prieto, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional, En: Revista del centro de estudios constitucionales, No. 9, pp. 175-198.
- Prieto, L (1993). Cuatro preguntas a propósito de Dworkin, En: Ronald Dworkin: Estudios en su homenaje, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaiso, No. 38, pp. 69-100.
- Puig, J. (1989). Fundamentos del Derecho civil. Barcelona: Bosch.
- Tanaka, K. et al. (2013). Paraconsistency: Logic and Applications (Logic, Epistemology, and the Unity of Science 26), Dordrecht: Springer.
- Quinche, M. (2012). Derecho Constitucional Colombiano: De la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Temis.
- Quintana, O. (2006). La norma básica como problema iusfilosofico: Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación. En: Gil, N. (Compilador), Filosofía

del Derecho y Filosofía Social (memorias del Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, pp. 195-268.

Radbruch, G. (2009). *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.

Ramírez, L. (2012). El desvelo de la pesadilla: El escepticismo ante las reglas replanteado, En: *Discusiones*, No. 11, pp. 87-116.

Raz, J. (1998). Two views of the nature of the theory of law: A partial comparison. En: *Legal Theory*, No. 4, pp. 249-282.

Reed, A. (1998). Textualism and the Bill of rights. En: *Wash. Law. Rev.*, Vol. 66, pp.1143 y ss.

Ródenas, Á. (2007). Validez formal y validez sustantiva: El encaje de la competencia material. En: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 20, pp. 543-559.

Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial: El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Rogge, J. (1959). Unenumerated Rights. En: *California Law Review*, Vol. 47, No. 5, pp. 787-827.

Ross, A. (1946). *Towards a Realistic Jurisprudence: A criticism of the dualism in law*. Copenhagen: Einar Munksgaard.

Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural, En: *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, No. 12, pp. 199-220.

Rubio, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el tribunal constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú. Fondo Editorial.

Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho, En: *Derecho y Realidad*, No. 20, pp. 143-165.

- Schmidt, C. J. (2003). Revitalizing the quiet Ninth amendment: Determining Unenumerated Rights and eliminating substantive due process. En: University of Baltimore Law Review, Vol. 32, No. 2, pp. 169-235.
- Schmitt, C. (1996). Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid: Técnos.
- Sherwin, E. (2006). judges as rule makers. En: The university of Chicago Law, NO. 73, pp. 919-931.
- Smullyan, R. (1992). Gödel's incompleteness Theorems, Oxford: Oxford University Press.
- Stern, K. (1987). Derecho del Estado de la república federal alemana, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Stimson J, F. (2004). The law of the Federal and State Constitutions of the United States. Book One: Origin and Growth of the American Constitution. Reprinted. Law Book Exchange Ltd.
- Suárez, L. (2005). El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista, En: Anuario de Filosofía del Derecho, No. 22, pp. 333-358.
- Tamayo, J. (2012). El precedente judicial en Colombia: Papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez.
- Tarello, G. (1980). L'interpretazione della legge. Milano: Giuffré.
- Terry, M. S. (2006). Hermenéutica, Barcelona: Clie. MCNABB, D. "Understanding research Design". En: Research Methods for Political Science: Quantitative and qualitative methods, New York, M.E. Sharpe, pp. 96-110.
- Tribe, L. H. (1998). American Constitutional Law, New York: Foundation Press.
- Uprimny, R. (s.f.). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. P. 20. Disponible en: [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_47.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf)



- Uprimny, R. (1995). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la constitución, Bogotá: Universidad nacional de Colombia.
- Uprimny, R. (1997). El estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica, En: Botero, D. et al., *Hermenéutica Jurídica: homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 114-121.
- Uprimny, R. y Rodríguez, A. (2008). Interpretación judicial modulo de autoformación, Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara bonilla
- Vigo, R. (2016). Una teoría de la validez jurídica, En: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 39, pp. 99-125.
- Vila, I. (2009). Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo, Bogotá: Legis.
- Walter, R. (1996). Jörgensen's Dilemma and how to Face it, *Ratio Juris*, Vol. 9 (2), pp. 168-171.
- Weinberger, O. (1999). Prima Facie Ought: A logical and methodological enquiry, En: *Ratio Iurs*, Vol. 12 (3), pp. 239-251.
- Winter, S. (2001). *A clearing in the forest: Law, Life and mind*. Chicago: University of Chicago Press.
- Winteton, G. (1994). The separation of powers as an implied Bill of Rights, En: Lindell, G. (ed.), *Future Directions in Australian Constitutional Law: Essays in Honors of professor Leslie Rehabilitation*, Sydney: Federation Press.

## **II. Tesis y Trabajos de Grado:**

Buitrago, M. (2011). Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en materia de derecho del trabajo y de la Seguridad Social (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Cabra, S. (2015). La paz como derecho fundamental y humano. Una propuesta para el retorno de la vía judicial como mecanismo de garantía y protección (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

García, J. (2018). El papel del juez en la dicotomía procedimental y sustancial de la Acción de Tutela (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Gutiérrez, J. (2014). El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento Administrativo Colombiano (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Peña, O. (2012). La validez del sistema jurídico colombiano a la luz de la jurisprudencia constitucional: Los límites de la Jurisprudencia emancipatoria (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Torres, D. (2008). Criterios utilizados por la Corte Constitucional para establecer un catálogo abierto a los derechos fundamentales (Tesis para optar al título de Abogado). Universidad de Santander, Bucaramanga.

### **III. Decisiones Judiciales:**

Corte Constitucional (29 de mayo de 1992). Sentencia C-221, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (22 de enero de 1992). Sentencia T-401, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional (19 de junio de 1992). Sentencia T-418, M.P. Simón Rodríguez.

Corte Constitucional (17 de junio de 1992). Sentencia T-419, M.P. Simón Rodríguez

Corte Constitucional (01 de julio de 1992). Sentencia C-479, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (01 de octubre de 1992). Sentencia C-546, M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (26 de octubre de 1992). Sentencia T-571, M.P. Jaime Sanin Greiffenstein.

Corte constitucional (02 de abril de 1992). Sentencia C-574, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional (25 de marzo de 1993). Sentencia C-113, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional (01 de abril de 1993). Sentencia C-131, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (28 de octubre de 1993). Sentencia C-486, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte constitucional (26 noviembre de 1993). Sentencia T-547, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (09 de noviembre de 1994). Sentencia T-505, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (15 de marzo de 1995). Sentencia C-109, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (21 de marzo de 1995). Sentencia T-123, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (18 de mayo de 1995). Sentencia C-225, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (23 de octubre de 1995). Sentencia T-477, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (04 de diciembre de 1995). Sentencia C-578, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (05 de febrero de 1996). Sentencia C-037, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (09 de abril de 1996). Sentencia C-135, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (23 de agosto de 1996). Sentencia C-406, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional (24 de septiembre de 1996). Sentencia T-472, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (26 de noviembre de 1996). Sentencia T-645, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (28 de mayo de 1997). Sentencia C-255, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (06 de mayo de 1998). Sentencia C-191, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (04 de junio de 1998). Sentencia T-289, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (10 de agosto de 1998). Sentencia C-400, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (05 de noviembre de 1998). Sentencia SU-640, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (29 de enero de 1999). Sentencia SU-047, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (17 de marzo de 1999). Sentencia SU-168, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (18 de enero de 2000). Sentencia T-009, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (28 de enero de 2000). Sentencia T-068, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional (05 de diciembre de 2001). Sentencia C-1291, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (04 de febrero de 2003). Sentencia C-067, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (01 de junio de 2004). Sentencia C-557, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional (22 de julio de 2004). Sentencia T-689, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (21 de abril de 2004). Sentencia T-984, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (06 de abril de 2006). Sentencia T-292, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (04 de octubre de 2006). Sentencia C-820, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (14 de mayo de 2008). Sentencia C-463, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional (31 de julio de 2008). Sentencia T-760, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (27 de marzo de 2009). Sentencia T-212, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (27 de noviembre de 2009). Sentencia T-875, 2009; M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional (21 de junio de 2010). Sentencia T-528, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional (06 de julio de 2011). Sentencia C-539, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (18 de septiembre de 2012). Sentencia C-718, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (22 de noviembre de 2012). Sentencia T-984, M.P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional (09 de julio de 2014). Sentencia T-477, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional (12 de febrero de 2015). Sentencia T-057, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional (12 de febrero de 2015). Sentencia T-579, M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional (27 de marzo de 2015). Sentencia T-129, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

Corte Constitucional (25 de febrero de 2016). Sentencia T-095, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional (16 de septiembre de 2016). Sentencia T-510, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional (24 de octubre de 2018). Sentencia C-101, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional (04 de octubre de 2018). Sentencia T-411, M.P. Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional (15 de febrero de 2019). Sentencia T-064, M.P. Carlos Bernal Pulido.

High Court of Australia (14 de junio de 1943). Adelaide Co of Jehovah's Witnesses Inc v Commonwealth HCA 12, 67 CLR 116.

High Court of Australia (11 de mayo de 1982). koowarta v Bjelke-Petersen HCA 27, 153 CLR 168.

High Court of Australia (27 de octubre de 1983). Church of the New Faith v. Commissioner of Pay-Roll Tax, HCA 40, 154 CLR 120.

High Court of Australia (01 de julio de 1983a). Commonwealth v Tasmania (Tasmanian Dam Case), HCA 21, 158 CLR 1

High Court of Australia (18 de noviembre de 1985). Kingswell v The Queen, HCA 72.

High Court of Australia (10 de marzo de 1988). Richardson v Forestry Commission of Tasmania, HCA 10, 164 CLR 261.

High Court of Australia (30 de septiembre de 1992). Nationwide News Pty Ltd v Wills, HCA 46, 177 CLR 1.

High Court of Australia (30 de septiembre de 1992). *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth*, HCA 45, 177 CLR 106.

High Court of Australia (26 de Agosto de 1993). *Cheatle and Another v The Queen*, HCA 44, 177 CLR 541.

High Court of Australia (12 de septiembre de 1996). *Kable v Director of Public Prosecution (NSW)*, HCA 24, 189 CLR 51.

High Court of Australia (1996a). *McGinty v Westerm Australia*, HCA 48, 186 CLR 140.

High Court of Australia (31 de julio de 1997). *Kruger v Commonwealth*, HCA 27, 190 CLR 1.

High Court of Australia (21 de junio de 2001). *Brownlee v The Queen*, HCA 36, 207 CLR 278.

High Court of Australia (06 de Agosto de 2010). *Rowe v Electoral Commissioner*, HCA 46, 243 CLR 1.

High Court of Australia (24 de septiembre de 2012). *Holmdahl v Australian Electoral Commission (No. 2)*, SASFC 110, 277 FLR 101.

High Court of Australia (12 de mayo de 2016). *Murphy v Electoral Commisioner*, HCA 36.

High Court of Australia (13 de mayo de 2016a). *Day v Australian Electoral Officer for the State of South Australia*, HCA 20.

High Court of Ireland (14 de diciembre de 2006). *Zappone v. Revenue Commissioners*, IEHC 404

High Court of Ireland (1974). *Mary McGee v. The Attorney General and The Revenue Commissioners*, IR 284.

Tribunal Constitucional del Peru (11 de noviembre de 2003). Exp. No. 0008-2003-AI/TC, Presidente: Alva Orlandini.

Tribunal Constitucional del Peru (18 de marzo de 2004). Exp. 2488-2002-HC/TC, Presidente: Alva Orlandini.

Tribunal Constitucional del Peru (20 de junio de 2002). EXP. No 1230-2002-HC/TC, Presidente: Aguirre Roca.

U.S. District Court of Texas (1970). *Roe v Wade*, 314 F, Supp. 1217.

U.S. Supreme Court (04 de junio de 1928). *Olmstead v. United States*, 277 U.S, 438.

U.S. Supreme Court (07 de junio de 1965). *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479.

U.S. Supreme Court (07 de marzo de 1921). *Milwaukee Social Democratic Publishing Company v. Burleson*, 255 U.S, 407.

U.S. Supreme Court (06 de marzo de 1819). *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316.

U.S. Supreme Court (10 de febrero de 1947). *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75.

U.S. Supreme Court (16 de Febrero de 1883). *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243.

U.S. Supreme Court (1833). *Lessee of Livingston v. Moore*, 32 U.S. (7Pet.) 469.

U.S. Supreme Court (22 de enero de 1973). *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.

U.S. Supreme Court (24 de junio de 1957). *Roth v. United States*, 354 U.S, 476.

U.S. Supreme Court (30 de junio de 1958). *Speiser v. Randall*, 357 U.S, 513.

#### **IV. Gacetas Constitucionales e Informes de Sesiones Plenarias**



Asamblea Constituyente (13 de febrero de 1991). Gaceta Constitucional No. 4, recuperado de: [abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas](http://abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas)

Asamblea Constituyente (20 de mayo de 1991). Gaceta Constitucional No. 77, Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria “*Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Jurídico*”, recuperado de: [abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas](http://abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas)

Asamblea Constituyente (21 de junio de 1991). Gaceta Constitucional No. 104, Actas de Comisión – Comisión Primera, recuperado de: [abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas](http://abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas)

Asamblea Constituyente (29 de junio de 1991). Informe de la Sesión Plenaria del día 29 de junio de 1991: Informativo al día, Presidencia de la república: Centro de información y sistemas para la prearación de la asamblea nacional constituyente, recuperado de: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/85/rec/29>

Asamblea Constituyente (05 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No. 113, Codificación del Articulado de la Constitución de Colombia para Segundo Debate, recuperado de: [abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas](http://abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas)

Asamblea Constituyente (07 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No. 114, Promulgación de la Constitución Política de la República de Colombia, recuperado de: [abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas](http://abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas)

## V. Disposiciones Normativas

Congreso de Colombia (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones (Ley 1564 de 2012), Secretaría del Senado de la República de Colombia, recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

Congreso de Colombia (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), Sistema Unificado

- de Información Normativa (Suin-juricol), recuperado de:  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Congreso de Colombia (31 de diciembre de 1986). Sobre reformas judiciales (Ley 169 de 1896), Sistema Unificado de Información Normativa (Suin-juricol), recuperado de:  
<http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1653429>
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia (26 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (Ley 84 de 1873). Secretaría del Senado de la República de Colombia, recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Consejo Nacional Legislativo (15 de abril de 1887). Sobre la adopción de Códigos y Unificación de la legislación nacional (ley 57 de 1887). Universidad Javeriana, recuperado de:  
<https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1887-ley-57.pdf>
- Consejo Nacional Legislativo (15 de agosto de 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887 (Ley 153 de 1887), Presidencia de la República de Colombia, recuperado de:  
<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/ley%20153%20de%2015%20de%20agosto%20de%201887.pdf>
- Constitución de Irlanda (Const.) (01 de julio de 1937). Ireland Government, recuperado de:  
<https://www.gov.ie/en/publication/d5bd8c-constitution-of-ireland/>
- Constitución de la República de China (Const.) (25 de diciembre de 1946). Secretaría de la Integración Centroamericana, recuperado de:  
[http://www.sica.int/busqueda/busqueda\\_archivo.aspx?Archivo=odoc\\_2038\\_2\\_28072005.htm](http://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=odoc_2038_2_28072005.htm)
- Constitución de la República de Ecuador (Const.) (28 de septiembre de 2008). Georgetown University, recuperado de:  
<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>
- Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967. (Const.) (19 de julio de 2019). Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay, recuperado de:  
<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/2228955.HTML>

- Constitución de la República Portuguesa (Const.) (02 de abril de 1976). Richmond University, recuperado de: <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf>
- Constitución de los Estados Unidos de América (Const.) (s.f.). Ninth Amendment, recuperado de: <https://constitutionus.com>
- Constitución Política de Colombia (Const.). (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No. 116. Secretaría del Senado de la República de Colombia, recuperado de: [www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1)
- Constitución Política del Estado de Bolivia (Const.) (07 de febrero de 2009). Organización de los Estados Americanos, recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)
- Constitución Política del Perú (Const.). (29 de diciembre de 1993). Organización de los Estados Americanos, recuperado de: [https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf)
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos – Pacto de San José (Tratad.) (22 de noviembre de 1969). Organización de los Estados Americanos, recuperado de: [www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Parlamento Australiano (01 de julio de 2016). Judiciary Act. 1903 (Act. No. 6 – Compilation No. 46). Australian Federal Register of Legislation, recuperado de: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00836>
- Parlamento Australiano (04 de diciembre de 1985). Acta Australiana de 1986 (Act. No. 142). Australian Federal Register of Legislation, recuperado de: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A03181>
- Parlamento Australiano (09 de octubre de 1942). Estatuto de la Ley de Adopción de Westminster de 1942, Australian Federal Register of Legislation, recuperado de: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004C00661>
- Parlamento del Reino Unido (11 de diciembre de 1931). Estatuto de Westminster de 1931 (Acta del Parlamento), United Kingdom Government, recuperado de: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1931/4/pdfs/ukpga\\_19310004\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1931/4/pdfs/ukpga_19310004_en.pdf)
- Presidencia de la República de Colombia (04 de septiembre de 1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional

(Decreto Ley 2067 de 1991). Secretaría del Senado de la República de Colombia, recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2067\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2067_1991.html)

Presidencia de la República de Colombia (06 de agosto de 1970). Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970). Secretaría del Senado de la República de Colombia, recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_procedimiento\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html)