



**LAS ANTINOMIAS
CONSTITUCIONALES
EN LAS DECISIONES DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA**

AC

JULIANA SINISTERRA QUINTERO

**LAS ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES EN LAS DECISIONES DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**



JULIANA SINISTERRA QUINTERO

**ASESORA
Mg. Laura Giraldo Ángel**

**Trabajo de grado para optar por el título de magíster en derecho
con énfasis en derecho público**

**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
FACULTAD DE DERECHO
SANTIAGO DE CALI
2020**

**LAS ANTINOMIAS
CONSTITUCIONALES EN LAS
DECISIONES DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

**THE CONSTITUTIONAL
ANTINOMIES IN THE DECISIONS
OF THE COLOMBIAN
CONSTITUTIONAL COURT**

RESUMEN

Las Antinomias Constitucionales (AC) se presuponen como una contradicción —bien sea normativa, principialística o de reglas— dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Han estado presentes en la mayor parte de ordenamientos en el mundo. América Latina es un escenario de contradicciones, conflictos y luchas constantes por fortalecer los aspectos normativos y judiciales que garanticen mayor efectividad en la justicia. A diario, los operadores judiciales se preocupan por los enfoques que deben dar a sus fallos. El presente artículo es un intento por establecer la forma y el modo en que se resuelven las Antinomias Constitucionales en las decisiones de Corte Constitucional

colombiana. A través del estudio riguroso del sistema argumentativo (Perelman & Atienza) como base para el entendimiento de todo sistema judicial, el entorno socio-jurídico en el que se desarrolla la actividad jurídica y, ciertas conclusiones y sugerencias atrevidas para el operador judicial, hacen del presente análisis un aporte para analizar en cómo se han venido desarrollando a lo largo de casi tres décadas estas operaciones —a veces técnicas—, la mayoría de las veces son decisiones subjetivas.

PALABRAS CLAVES: Antinomias Constitucionales, argumentación jurídica, técnicas de interpretación, conflictos normativos, jerarquización normativa.

ABSTRACT: The Constitutional Antinomies (AC) are presupposed as contradictions —whether it is normative, principialistic or of rules— within the same legal system. They have been present in most of the legal systems in the world. Latin America is a scene of contradictions, conflicts and constant struggles to strengthen the regulatory and judicial aspects that guarantee greater effectiveness in justice. On a daily basis, judiciary operators concern about the

approaches they should take to their judgments. This article is an attempt to establish the form and the way in which the Constitutional Antinomies resolved in the decisions of the Colombian Constitutional Court. This analysis contributes to focus on how these operations —sometimes technical but mostly subjective— have been developed over almost three decades. It achieves it throughout the study of the argumentative system (Perelman & Atienza) as the basis for understanding every judiciary system, the socio-legal environment in which legal activity is carried out, and certain conclusions and daring suggestions for the judiciary operator. Make the this analysis provides a contribution to focus in how these operations –sometimes technical – have been developed over almost three decades, most of the time subjective decisions.

KEYWORDS: Constitutional Antinomies, legal argumentation, interpretation techniques, normative conflicts, normative hierarchy.

INTRODUCCIÓN: Las Antinomias Constitucionales (AC) han estado presentes desde el nacimiento del derecho.

No en vano han sido estudiadas por grandes juristas como Hans Kelsen, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Riccardo Guastini, Norberto Bobbio, H.L.A. Hart, entre otros. Las técnicas de interpretación para las AC, en ocasiones no son contundentes para la solución de conflictos normativos. Bulygin (2003) considera que la aplicación de la normatividad por parte de los jueces contiene una lógica que examina el conjunto de normas a través de un orden jerárquico. Sin embargo, dicho procedimiento se convierte en insuficiente cuando existe la sobre promulgación de leyes, principios y valores dentro de los sistemas jurídicos, así las cosas, resulta importante darle una mirada crítica y estudiosa al tema.

Varios autores contemporáneos han escrito un sinnúmero de reflexiones hermenéuticas en torno a la identificación y existencia, no solamente de Antinomias, sino además, de vacíos legales y constitucionales. Colombia cuenta un sistema social de derecho, fundado a partir de las bases democráticas y con una representación derivada en el Congreso de la República. Desde su creación y hasta la fecha se han promulgado 5.967.000 leyes.

Los estudios realizados por Valero (2017) comparando los escenarios europeos y/o anglosajones nos dejan como uno de los países con mayor ineficiencia en temas legislativos. De ahí, que resulta apenas normal que se presenten conflictos entre las normas y sus formas de aplicación.

El presente estudio tiene por objeto analizar en qué consisten las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional (CC) para resolver las Antinomias Constitucionales a través de los postulados argumentativos y el contexto socio jurídico en el que permanece el operador judicial. Para dar cuenta de ello, el artículo se dividió en tres partes relacionadas entre sí.

La primera parte, estudia los postulados argumentativos a través de la teoría de Chaïm Perelman y Manuel Atienza.

La segunda parte, identifica las técnicas utilizadas por la Corte Constitucional para resolver las Antinomias Constitucionales.

Por último, se relacionan el contexto socio jurídico del operador judicial con la toma de decisiones a la hora de fallar un caso.

El presente estudio es un intento por colocar sobre la mesa un tema clásico para

el estudio del derecho, con una mirada contemporánea y práctica a la hora de observarla en acción. La Corte Constitucional es un órgano por excelencia orientador de las formas judiciales en las que debe operar la justicia en Colombia. Sin embargo, sus líneas hermenéuticas, dogmáticas y metodológicas a veces se contrarían entre sí, provocando interpretaciones diversas, confusas y la mayor parte de veces, ineficientes. En este sentido, el texto busca abordar la discusión a partir de un análisis argumentativo, metodológico, práctico y contextual.

La metodología utilizada en la presente investigación es de tipo cualitativo, por cual se presente desde el derecho y de algunas nociones socio-jurídicas, analizar en qué consisten las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional para resolver las Antinomias Constitucionales a través de los postulados argumentativos y el contexto socio jurídico en el que permanece el operador judicial. Por ello, el método empleado es el hermenéutico, toda vez que es necesario interpretar y analizar los textos especializados correspondientes a los elementos del problema.

El análisis atiende un orden deductivo, ya que inicia con la interpretación de textos y la aplicación de teoría en casos prácticos y evidenciables de nuestro problema de investigación, de tal forma que logra abordarse de forma sistémica.

El procesamiento de la información y recolección de datos, se realizó mediante la revisión documental seleccionada como bibliografía para abordar el ámbito investigativo. Las fuentes utilizadas son secundarias, por lo cual el modelo desarrollado es de tipo básico.

El primer apartado corresponde al estudio de la fundamentación teórica en la que se encuentran basados los sistemas argumentativos a la luz del jurista belga Chaïm Perelman y la socióloga L. Olberchts- Tyteca en su trabajo titulado: *tratado de la argumentación, la nueva retórica* (1989). En el mismo sentido, nos apoyamos en los estudios realizados por Neil MacCormick analizados por Manuel Atienza en su texto: *las razones del derecho* (2016).

En el segundo apartado, están los principios, valores, técnicas y criterios adoptados por la Corte Constitucional en dieciocho (18) sentencias sugeridas por la

relatoría como problemas antinómicos. En el mismo sentido, dejo a consideración del lector las sentencias que a criterio propio contienen problemas de antinomias constitucionales, pues no han sido estudiadas por razones de extensión.

Es importante mencionar que las sentencias analizadas solamente contienen las formas, en ningún momento se desarrollan los relatos de casos, pues ello haría de este estudio un proceso analítico de gran envergadura. Aquí, el propósito es mostrar de forma muy suscita y clara las técnicas de la CC. Al respecto, se realizó un anexo que puede consultarse en el estudio documental realizado a la jurisprudencia.

En el tercer y último apartado se encuentra el contexto socio-jurídico en el que está inmerso el operador judicial. A través de la teoría de Posner (2011) se pretende poner en cuestión las formas en las que se fallan las decisiones judiciales y de qué forma éstas se convierten en un criterio orientador para tomar posturas sobre las soluciones a las dificultades y contradicciones jurídicas, que en ocasiones resultan ser más subjetivas que metodológicas.

1. Un viaje al pasado. La fundamentación teórica que debe ser tomada en cuenta para entender las Antinomias Constitucionales

Las Antinomias Constitucionales (AC) se presuponen como una contradicción –bien sea normativa, principialística o de reglas– dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Así las cosas, los operadores judiciales deben valerse de técnicas de interpretación que sean válidas dentro del ordenamiento jurídico para resolver dichas contradicciones.

En un sistema jurídico particular se presentan conflictos de carácter normativo que en ocasiones no son tan claros de identificar, mucho menos de resolver. Algunas lagunas (Guastini, 2014), se manifiestan con mayor relevancia que otras, sin embargo, los sistemas jurídicos deben estar en la capacidad de resolver estas ausencias y contradicciones.

Según cifras del abogado Valero (2017), Colombia cuenta con 5.967.000 leyes, desde la creación del Congreso de la República en el año 1820. En la actualidad, la mayor parte se encuentran vigentes. Con este panorama es apenas

lógico que se presenten contradicciones dentro del sistema jurídico colombiano.

Pero, ¿qué papel juega la argumentación jurídica en esta cuestión? ¿Cómo resolver la pregunta por la génesis de todo sistema argumentativo que, más adelante, se convierte en una herramienta para resolver este tipo de contradicciones dentro del sistema judicial? En este sentido, gira el primer apartado del presente artículo. A través de los estudios realizados por el filósofo del derecho belga, Chaïm Perelman y la socióloga L. Olberchts-Tyteca (1989), se busca dar cuenta de las bases teóricas de todo sistema argumentativo.

Mientras tanto, a partir de los estudios realizados por el jurista español Manuel Atienza (2016) y en compañía permanente de los presupuestos teóricos de Neil MacCormick (1989), me he dado a la tarea de considerar cómo el sistema normativo integra los postulados retóricos y descriptivos como una herramienta de utilidad metodológica a la hora de abordar cualquier decisión —bien sea, un *caso*

*difícil o un caso fácil*¹—. Con estas primeras bases claras, podremos adentrarnos a las concepciones que tiene la Corte Constitucional (CC) para resolver sus contradicciones internas.

1.1. **Saludando a Perelman y L. Olberchts- Tyteca**

El abordaje teórico en la problemática de Antinomias Constitucionales es una necesidad. Uno de los elementos a considerar es la *argumentación jurídica* como unidad de análisis en el primer apartado del presente artículo.

Intentare abordar el elemento argumentativo de las contradicciones discursivas de los conflictos que se presentan en los sistemas universales, a partir de los postulados de Chaïm Perelman y L. Olberchts-Tyteca en su trabajo *tratado de la argumentación, la nueva retórica* (1989).

Para Perelman y L. Olberchts-Tyteca (1989), la mirada de lo real inicia por la variación de corrientes filosóficas que se profesan. A pesar que las fronteras son amplias, hay ciertas limitaciones

conceptuales que ayudan al individuo a centrarse en los aspectos que él considera como válidos.

En este escenario, la argumentación ingresa como un elemento para buscar la aceptación de estos pronunciamientos filosóficos ante el auditorio universal. Por esta razón, se crea un sistema argumentativo que tiene en cuenta postulados de hechos, nociones y verdades. A continuación, se describirán estos tres (3) elementos que según Perelman y Olberchts- Tyteca deben tenerse en cuenta.

Primero, la noción de hecho se caracteriza por la idea que posee de cierto género de acuerdos respecto a los datos, lo que alude a una realidad objetiva. En pocas palabras, un acuerdo sobre lo sucedido con el auditorio universal. Su importancia real radica en que estos no se deben aumentar ni generalizar para que sean aceptados por los individuos. Solamente se está frente a un hecho cuando podemos postular respecto a él un acuerdo universal no controvertido (Perelman y L. Olberchts-Tyteca, 1989 p.122). El autor clasifica

¹ En líneas posteriores, desarrollaré lo que el autor considera por cada tipo de categoría.

esta categoría en subcategorías de análisis —probables, posibles, convenidos o supuestos— mas no es interés de este artículo extenderme en ellas.

Segundo, las verdades son aquellos acuerdos precisos, limitados y complejos que se encuentran sujetos a los hechos. Un sistema complejo de verdad introduce otro tipo de cuestiones; científicas, filosóficas o religiosas que ya han trascendido al plano de la experiencia (p.124). Lo importante de dichas consideraciones es la aceptación que se busca como *acuerdos* entre los hechos y las verdades y que además, permitan a las últimas explicar de forma suficiente lo acontecido. Para clarificar este postulado, voy a referirme al ejemplo del autor.

[...] la certeza del hecho **A** combinada con la creencia del sistema **S**, implica la certeza del hecho **B**, es decir, admitir que el hecho **A**, más la teoría **S**, supone aceptar **B**. En el campo de la probabilidad. (Perelman y L. Olberchts-Tyteca, 1989 p.124).

Esto nos permite relacionar y vincular los hechos con las verdades en nuevas categorías de análisis que van a depender de la aceptación de cada auditorio. Traigo a colación las comunidades científicas de

diversas disciplinas: No es lo mismo la concepción de materia que se explica desde la filosofía que las explicaciones que da la física sobre el fenómeno.

Un tercer elemento, se encuentra presente en las presunciones. Las cuales disfrutan de un puesto privilegiado en las concepciones del auditorio universal. Para cada categoría de hechos y, principalmente de comportamientos, hay un cierto margen de *normalidad* que sirve como base al razonamiento, lo cual lleva a considerarse como aceptado sin necesidad de ser probado. (p.127).

Teniendo en cuenta los tres elementos de discusión teórica planteados por Perelman: —Hechos, verdades y presunciones— es posible llegar al punto de partida sobre los valores de lo ideal que el auditorio universal planteara como lo preferible, esto es, la categoría de los valores.

Los valores deben ser entendidos como un acuerdo sobre un objeto, un ser o una idea que ejerce comportamientos ideales sobre el individuo. Los valores son comparables a los hechos desde el momento en que uno de los interlocutores los plantea y para librarse de ellos hay que argumentar en la conversación otros de igual categoría.

Cuando se discute sobre religión, una de las formas de salir bien librado de la situación es aceptar o rechazar los valores sobre los que se plantea la discusión, pero siempre desde la misma categoría, en este caso, desde la religión. De esta forma, se han instaurado ciertos valores como aspectos universales, es decir, como verdades aceptadas por el auditorio. Así, otros tantos que pertenecerán a las disciplinas creadas para entender fenómenos sociales, políticos, religiosos, ambientales, personales o supremos.

Los valores se convierten en elementos necesarios de la argumentación. Cobran sentido cuando se categorizan como válidos dentro de un sistema —el judicial, por ejemplo—. Pero los valores, bien sean concretos o abstractos, tienen ciertas categorías; pertenecen a la categoría de concretos, aquellos que son atribuibles a comunidades o individuos, por ejemplo la fe cristiana es un valor de grupo. Por el contrario, los valores abstractos, son aquellos que pertenecen a la categoría de los ideales, como la justicia. No obstante, los valores deben tener jerarquía entre ellos para ser aceptados en un determinado sistema, ya que no todos pueden contar con el mismo peso argumentativo.

Perelman, invita a revisar la siguiente cuestión:

La argumentación se basa, no solo en valores abstractos y concretos, sino también en jerarquías. Estas jerarquías pueden ser de carácter concreto, como la superioridad de los hombres sobre los animales. También pueden ser de carácter abstracto, como los valores de justicia. (Perelman, 1989, p.140).

Hasta aquí, se ha evidenciado una serie de elementos que conforman el sistema argumentativo: Hechos, verdades y presunciones. En igual sentido, las categorías de análisis sobre valores y jerarquías que permiten la existencia en el plano argumentativo de la aceptación y el rechazo. Pero, ¿qué sucede cuando los valores son incompatibles entre sí? Si el principio de no incriminación versus la libertad de conciencia, establece ciertas condiciones dadas por valores distintos pero de igual nivel jerárquico, ¿qué ocurriría? Abordaré estas cuestiones en el segundo apartado del presente estudio.

Finalmente, Perelman recuerda la importancia de los aportes para analizar las nociones, características y aplicación de las Antinomias Constitucionales según la concepción de la Corte Constitucional (CC). A continuación relacionare el

análisis teórico del jurista y filósofo español contemporáneo, Manuel Atienza.

1.2. Caminando con Manuel Atienza y sus teorías de la argumentación jurídica

Para Atienza (2016) la teoría de la argumentación jurídica es la versión contemporánea del método jurídico. Al retomar los postulados de Robert Alexy — que más adelante de la presente discusión también lo hará la Corte Constitucional—. Neil MacCormick & Atienza se interesan en la demostración de una teoría estándar de la argumentación jurídica. En este sentido, me he propuesto mostrar el desarrollo de dicha concepción para fundamentar las bases del sistema argumentativo judicial que da paso a los problemas de contradicción e incompatibilidad.

Para MacCormick (1978), citado en Atienza (2016), la teoría de la razón práctica debe armonizarse con la teoría de las pasiones, es decir, debe construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación

jurídica, como de los que no pertenecen a ella, y realzar los aspectos formales de los materiales. Para determinar que una lógica de argumentación jurídica es y debe ser una función justificatoria que tenga la finalidad de persuadir aquellos argumentos que deben estar justificados conforme a los hechos establecidos y las normas vigentes. (p.107).

Atienza (2016), establece como unidad de análisis los estudios realizados por MacCormick, en los que la relación conceptual y de análisis siempre está relacionada entre las dos percepciones. La justificación de decisiones en el carácter argumentativo del sistema judicial casi siempre está basada en la elección de principios y reglas de derecho. Pero la elección de uno u otro sobre otro, implica una referencia a la naturaleza afectiva y dimensión subjetiva del individuo que lo decide, en este caso, el operador judicial, el juez.

Según MacCormick (1978), la justificación deductiva del fallo judicial tiene un *modus ponens*² que determina la

² El *modus ponens* obedece al silogismo jurídico casi siempre aplicado para explicar la relación causal entre hechos o valoraciones normativas.

($p \rightarrow q$). Más adelante se trabajará con mayor profundidad dicho aspecto, necesario dentro de la argumentación jurídica para entender cuestiones básicas.

lógica con la que falla el juez, más no la *elección*. La expresión lógica busca dos sentidos: Primero, el técnico, que proviene de la lógica deductiva donde los predicados tienen relación entre argumentos e inferencias y solamente podrán ser ilógicas, si son contradictorias entre sí. Segundo, la suficiencia de la justicia, que a diferencia del sentido anterior, puede ser contradictoria o inconsciente a los valores del razonamiento jurídico.

Para el autor, la decisión jurídica debe estar justificada internamente y debe estar separada de la justificación externa, en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda. (Atienza, 2016, p.111).

Atienza (2016), propone establecer límites a las fronteras en las que camina el juez para tomar sus decisiones. El primer límite, es la aplicación del derecho válido. Sin escudriñar en la génesis de la normatividad.

El segundo límite, obedece a la naturaleza de identificar cuáles son las reglas válidas, esto es, buscar criterios de reconocimiento compartidos por los jueces para resolver el caso. De esta forma, se deriva la

presentación de *casos difíciles* y *casos fáciles*, los cuales pueden tratar problemas de interpretación, relevancia, prueba o de calificación.

1.2.1 Los problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación de hechos

Nos encontramos frente al *problema de interpretación* cuando hay duda sobre la norma que debe aplicarse frente a un caso: $p \rightarrow q$, pero la norma en cuestión admite más de un sentido; $p' \rightarrow q$, o bien, $p'' \rightarrow q$.

Por el contrario, los *problemas de relevancia* plantean una cuestión previa al de interpretación, es decir, no es la pregunta por el cómo ha de interpretarse la ley, sino, si ¿existe una norma aplicable al caso?: $p \rightarrow q$.

Sumado a esto, los *problemas de prueba* aluden al establecimiento de proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado. En pocas palabras, probar las condiciones necesarias para que exista p .

Por último, los *problemas de calificación o de hechos secundarios* que se plantean cuando no existen dudas sobre la

existencia de los hechos primarios — porque estos ya han sido probados—, pero la problemática consiste en conocer/saber/concluir si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en supuesto del hecho de la norma. (pp.112-113).

Para que los presupuestos anteriores puedan existir, el autor los clasifica en dos (2) categorías: *Problemas de hecho y problemas de derecho*.

Los primeros, obedecen a la relevancia y las pruebas. Los segundos, a las problemáticas de interpretación y calificación. Esto nos lleva a dos grandes estadios de pensamiento. Por un lado, se encuentran el requisito de universalidad, como un grado de primer nivel. Por otro lado, se encuentra la consistencia y coherencia en la toma de decisiones jurídicamente relevantes —que se dividen entre *casos fáciles* y *casos difíciles*—.

A continuación, me propongo evidenciar los problemas que existen entre la universalidad y la interpretación VS. La

coherencia y consistencia de los sistemas normativos, entendidos estos desde la base argumentativa.

1.2.2. ¡Un momento para pensar! Entre el criterio de universalidad e interpretación VS. la coherencia y consistencia dentro de los sistemas normativos

Para Atienza (2016) la pregunta ahora es: ¿Qué significa argumentar jurídicamente cuando no basta la justificación deductiva? Para resolver los *casos difíciles*, se propone que las cuestiones normativas deben cumplir con el requisito de universalidad³ y, en segunda medida, la decisión debe tener la relación con el sistema jurídico al que pertenece. En sentido contrario, para la resolución de *casos fáciles*, basta con encontrar relación entre los hechos y las pruebas.

Así las cosas, las decisiones jurídicas tienen que tener sentido tanto en relación con el sistema jurídico como con el mundo. Estas decisiones atienden a un juicio de cuestiones abiertas y esto indica,

³ El requisito de universalidad corresponde a la validez que obtiene esa postura en el campo jurídico, ya sea porque es aceptada por el legislador o porque es una forma de interpretación normativa.

Pero ¡ojo! Por ello no debe entenderse generalidad, pues la universalidad es un requisito de tipo lógico que no tiene que ver con que una norma sea más o menos específica.

que necesariamente siempre se encuentran elementos valorativos –subjetivos- a la hora de hablar de lo universal y por tanto, de lo justo.

Ahora bien, respecto de los elementos de análisis discursivo entre la coherencia y la consistencia, se debe tener en cuenta que el requisito de consistencia invita a la obligación de los jueces de no ir más allá del derecho vigente y además valorar única y exclusivamente las pruebas entregadas. Por otro lado, la coherencia es una cuestión de grado, que no depende de la consistencia para existir, sin embargo, delimita las fronteras sobre propiedad y veracidad en la materia. Para el autor, la coherencia invita a una medición, mientras que la consistencia es una propiedad que se da o no se da. (Atienza, 2016, pp.117-118).

Pero lo dicho hasta aquí, merece una distinción necesaria entre la *coherencia normativa* y la *coherencia narrativa*. Una norma es coherente si puede establecerse

sobre una serie de principios generales y valores dentro de un sistema jurídico. La coherencia normativa invita a ser pensada como un mecanismo de justificación, porque quiere mostrar que el derecho es una *empresa racional de sentido*⁴. Por su parte, la coherencia narrativa suministra parámetros de relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa⁵.

Según MacCormick (1986) citado en Sanz (2016), estas formas de observar la coherencia pueden existir en paralelo.

La coherencia narrativa, busca justificar creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él, mientras que la coherencia normativa no busca obtener ninguna justificación del mundo como última, correcta o verdadera. Por tanto, el autor considera que la coherencia siempre es una cuestión de racionalidad, pero no siempre una cuestión de *verdad* (Saenz, 2002,p.120).

Finalizo este apartado reflexionando sobre el papel fundamental de los argumentos para resolver *casos difíciles*⁶ a partir de

forastero que ha sido detenido por la policía acusándolo de robo a un caballo y la relación que este tienen con el crimen cometido. En este caso, no hay pruebas concretas, pero si una relación narrativa entre la forma en que sucedieron los hechos.

⁶ También me parece importante esta postura para la resolución en los casos fáciles.

⁴ Por decisión propia, considero necesaria la utilidad de *sentido* para establecer coherencia entre la racionalidad del derecho y el querer del autor para verlo como una empresa que hace alusión a los andamiajes que existen detrás de lo que todos vemos.

⁵ Piénsese en el caso del detective londinense Sherlock Holmes, cuando analiza el caso de un

principios y argumentos o casos análogos —estos últimos puestos a *consideración propia* y no por Atienza. En tanto consideramos de forma general que la analogía es el instrumento metodológico y por excelencia utilizado por el operador judicial a la hora de resolver casos.

1.2.3. Para despedirnos de Atienza: Entre principios, reglas y analogías

Los principios suelen ser abstracciones que cumplen una función explicativa al proponerse limitar el entendimiento de una norma o un conjunto de normas. Asimismo, cumplen un sentido de justificación dentro del sistema jurídico al que pertenecen. Dentro de la misma categoría de análisis, también aparecen las reglas, que tienden asegurar fines valiosos o modelos deseables de comportamiento.

Los principios son necesarios para justificar una decisión en un acto difícil, pero un argumento basado en un principio no tiene carácter concluyente, como sí lo tendría si se basara en una alguna norma obligatoria. “Estos dependen de valoraciones y suministran una justificación en ausencia de otras consideraciones que vayan en sentido contrario”. (Atienza, 2016, p.121).

La analogía por su parte, invita a la coherencia del derecho, es decir, mantener soluciones en igual sentido que pocas veces se contraríen las unas a las otras. Así, los problemas de interpretación y relevancia disminuirían de forma considerable dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

Después de este recorrido entre los postulados argumentativos de la teoría de Perelman (1989) y los postulados de una propuesta argumentativa contemporánea en Atienza (2016), podemos dejar en claro dos (2) aspectos.

Primero, la definición y distinción entre hechos, verdades y presunciones es necesaria para comprender los sistemas argumentativos. Estos suelen estar presente en los diferentes escenarios sociales por lo que no solamente obedecen al plano de lo jurídico, sino, a la concepción que apunta la validez del *auditorio universal*.

Segundo, los valores son herramientas jerarquizadas que permiten la comprensión que ha adoptado una comunidad o individuo para el establecimiento de sus fronteras tanto metodológicas como teóricas.

Estas observaciones permiten concluir que cuando estamos hablando de niveles argumentativos, estamos frente a un escenario de posibles aceptaciones o rechazo, creando escenarios sectorios de valores acumulados como correctos⁷. Lo que es primordial a tener en cuenta porque son las bases argumentativas de todo modelo funcional, sin importar la naturaleza del sistema, sino en cierta medida, sus derroteros de validez y rechazo por los postulados ya establecidos.

Atienza, en compañía permanente de MacCormick (2016), clarifico las posibilidades de continuación del método jurídico⁸ y cómo estos problemas de interpretación, relevancia y calificación, juegan un papel dentro del sistema argumentativo-judicial.

Aquí, las evidencias apuntaron a mostrar dos escenarios: Por un lado, las problemáticas tendientes a las herramientas metodológicas utilizadas por el operador judicial⁹. De otro lado, se encuentra la subjetividad del juez, cuando elige una y no otra razón para decidir el

fallo. -De este tema nos ocuparemos en el último apartado del presente artículo, *El contexto socio-jurídico en el que se resuelven las Antinomias Constitucionales*-.

Estos elementos nos permiten adentrarnos al mundo de las Antinomias Constitucionales. Con la ayuda de Mario Ruiz Sanz, Ricardo Guastini, Carlos Bernal Pulido, entre otros destacados juristas y filósofos, y por supuesto, la Corte Constitucional como principal protagonista, mostraré las estrategias de las que se ha valido la Corte bien sea para superar, delimitar o simplemente evadir su responsabilidad.

2. La Corte Constitucional Colombiana y sus decisiones en referencia a las Antinomias Constitucionales

La Corte Constitucional fue creada con la Constitución Política de 1991. Está conformada por nueve magistrados¹⁰, quienes son elegidos por el Senado de la República en periodos individuales de

⁷ Piénsese en las disciplinas aplicadas como la física o la química.

⁸ Versión original del concepto contemporáneo *argumentación jurídica*.

⁹ Elementos de analogía, coherencia y consistencia.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 41 y Ley 270 de 1996, artículo 44.

ocho (8) años, de acuerdo con las ternas presentadas por el Presidente de la República. Dentro de sus principales funciones, se encuentran la salvaguarda de la constitución y la resolución de las demandas de inconstitucionalidad de todo tipo de normatividades que vayan en contra de los mandatos constitucionales¹¹.

2.1. Distintas concepciones sobre el concepto y las características de las Antinomias Constitucionales

Para Riccardo Guastini (2014), las Antinomias suceden cuando dos normas se disponen a resolver un mismo supuesto de hecho. Según el autor, estos pueden ser *una circunstancia o una combinación de circunstancias* que se pueden presentar de forma singular o concreta.

Por su parte para Bobbio (1990) citado en Sanz (2002), la noción de Antinomia “es la situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y que contienen el mismo ámbito de validez son incompatibles entre sí”. Estas contienen una serie de condicionamientos

para entrever su existencia. (Saenz, 2002, p.90).

Según Gavazzi (S.F.) citado en Sanz (2002), los presupuestos que se deben tener en cuenta son:

- Dos (2) normas que contemplen comportamientos lógicamente incompatibles.
- Dos (2) normas que al menos pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico.
- Las normas deben ser válidas en el mismo ámbito de aplicación y deben tener en cuenta los factores de validez: temporal, espacial, personal y material. (Saenz, 2002, p.90).

Con el concepto y las categorías desarrolladas en mente, me di a la tarea de preguntarle a la relatoría de la Corte Constitucional mediante la petición realizada el 20 de agosto de 2019, cuáles eran las sentencias que se consideraban resolvían las problemáticas antinómicas y

¹¹ Decretos, ordenanzas, actos legislativos que dicte el gobierno, decisiones judiciales relacionadas con la vulneración de derechos

fundamentales, exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes aprobatorias, conflictos de competencia, entre otros.

sus criterios de interpretación. La Corte respondió lo siguiente:

Dando alcance a su consulta, y revisado el sistema de información documental de esta Corporación, se encontraron las siguientes providencias que relacionan o desarrollan el tema planteado, que pueden ser de ayuda para el desarrollo de su labor: C-292-19, C-112-17, C-373-16, A447-15, C-870-14, C-631-14, T-954-13, T-832A-13, SU712-13, C-535-12, C-288-12, C-249-12, C-170-12, C-886-10, C-702-10, C-225-09, C-757-08, C-831-06, C-1040-05, C-513-04, C-1200-03, C-1287-01, C-444-95. (Relatoria, 2019).

Por decisión propia y metodológica, la investigación solamente contiene lo que considera la Corte son problemas antinómicos, dejando por fuera aquellas otras que la Corte no ha considerado dentro de esta categoría¹².

¹² Es importante mencionar que durante la investigación realizada, encontré un número considerable de sentencias que podrían constituir problemas antinómicos, sin embargo, por la

Respecto a los procedimientos utilizados para resolverlas, en el mismo oficio se da respuesta así:

En cuanto a los procedimientos utilizados para resolver estos casos, le manifestamos que las funciones asignadas a la Corte Constitucional, deberán cumplirse en los estrictos y precisos términos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 241 de la Constitución que dispone que a la Corte Constitucional: “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, sin que en el mismo figure la facultad de pronunciarse sobre el alcance de los fallos que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, como tampoco, emitir conceptos con el fin de absolver consultas a particulares y/o entes oficiales atendiendo lo señalado por la Ley, la Constitución y la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional no siendo función de ésta actuar de oficio, suplir al demandante ni pronunciarse sobre disposiciones que no han sido objeto de demandas, sólo puede pronunciarse

amplitud conceptual y metodológica que eso significa, tan sólo se hará una mención al final del presente apartado sobre dichas sentencias para quienes consideren importante indagar sobre estos aspectos.

en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales a través de las providencias que han de ser dictadas, cumplidos los procedimientos previstos en las acciones respectivas (Relatoria, 2019).

Como se puede evidenciar, dicho pronunciamiento es simple y poco práctico, no evidencia las formas en las que se deben resolver. Por tanto, dicha consideración no hace más que puntualizar sobre lo que ya se conoce en la dogmática. De ahí, que el análisis realizado sea autónomo y gire -en primera medida-, en torno a la sentencia C-1287 de 2001.

2.2. Navegando entre la teoría y la práctica. Estudio dogmático realizado por la Corte Constitucional a bordo de la sentencia C-1287 de 2001

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1287 de 2001 realizó un esquema descriptivo de las consideraciones que tiene en cuenta cuando está frente a un conflicto normativo, para ello se hace necesario entender, en palabras del Tribunal: Qué son principios, valores y reglas, y cuáles son sus diferencias. A continuación, se desarrolla cada uno de estos.

Para la Corte Constitucional (2001), “los principios deben ser entendidos como normas que condicionan o limitan aquellas que no pertenecen al mismo rango, pero que contienen un mayor grado de concreción que se traduce en eficacia, alcanzado por sí mismo: leyes y decretos, por ejemplo”. (Sentencia C-1287, 2001).

Mientras tanto, “los valores son normas abstractas y abiertas que se consagran mediante principios, y suelen definir aspectos éticos y morales”. De ahí, que podemos considerarlas como normas que *orientan* la producción e interpretación de las demás normas. (Sentencia C-1287, 2001).

Por último, “las reglas son aquellas disposiciones jurídicas en las que se define, en forma general y abstracta, un hecho y se determinan las consecuencias jurídicas que subyacen de la realización del mismo”. (Sentencia C-1287, 2001).

Según el Tribunal Constitucional, las diferencias teóricas han sido solucionadas a través de las concepciones dadas entre Ronald Dworkin y Robert Alexy.

Las reglas están dadas cuando se cumplen ciertos condicionamientos en el hecho, y estos a su vez, ordenarán una o varias consecuencias jurídicas,

que prohíben o permiten hacer algo¹³. Los principios, en cambio, son mandatos de optimización. Estos exigen la realización de determinada acción, en mayor medida y según las posibilidades fácticas y jurídicas”. (Alexy, Dworkin, S.F.).

Por último, los principios dependen y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios. (Sentencia C-1287, 2001).

Esto nos permite obtener el primer elemento esencial para el desarrollo de nuestra propia solución, el *criterio de ponderación*. Considerado por la Corte Constitucional como un criterio de interpretación constitucional *válido* para lograr una coherencia interna. Justamente los principios y valores son entonces tenidos en cuenta dentro de los ordenamientos jurídicos como un referente hermenéutico que en determinado momento se convierten en la lupa para observar el ordenamiento jurídico en

general, permitiéndole agregar una serie de elementos de interpretación y valor¹⁴.

La Corte, advierte que el carácter programático de los valores constitucionales no deben ser entendidos como un *agregado simbólico*, sino, como un conjunto de propósitos a través de los cuales se debe mirar las relaciones entre gobernante y gobernados. (Sentencia C-1287, 2001)¹⁵.

2.3. ¡El desencanto! Las posturas de la Corte Constitucional Colombiana

El silogismo jurídico, la armonización, ponderación, preferencia normativa, jerarquización, especificidad y pertinencia son los (7) principales instrumentos, criterios y principios metodológicos de revisión y análisis encontrados en los dieciocho (18) pronunciamiento estudiados¹⁶. No obstante, considero de especial importancia relacionar el criterio cronológico.

¹³ El autor define dicha consecuencia jurídica como mandatos definitivos.

¹⁴ Para la Corte, esta sección de la Constitución, puede considerarse como un catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad del ordenamiento jurídico en general.

¹⁵ La presente sentencia se toma como ejemplo porque es la más completa a la hora de desarrollar la teoría de AC.

¹⁶ Recordemos que en la presente muestra se encontraron sentencias que contenían más de 800 páginas, por lo cual, la muestra representativa es clara y suficiente porque a pesar de ser reducida en su número son profundas en sus análisis.

Para ahondar en cada una de las sentencias y, debido a la profundidad del análisis. Se presenta al lector un *anexo*¹⁷ que corresponde a la revisión documental y la metodología utilizada para obtener los mecanismos que a continuación se exponen en cada sentencia.

Sobre los criterios expuestos, hay que resaltar que cada uno está presente en las sentencias que al final de cada título se mencionan.

- **Criterio de interpretación normativa:** La interpretación constitucional corresponde a relacionar las normas de inferior o igual jerarquía ajustadas a la Constitución Política, que permita garantizar la seguridad jurídica del Estado Social de Derecho.

Dicha interpretación se realiza mediante la ayuda de métodos que han sido creados para este fin. Entre ellos se encuentra: *El textualismo o literalismo*¹⁸; *Interpretación sistemática* y *finalista*, la presente interpretación busca realizar una previa

identificación del propósito para el cual fue creada la norma.

El criterio de interpretación normativa se encuentra presente en todas las sentencias analizadas y la mayor parte de sentencias que sugiere la relatoria de la Corte Constitucional.

A continuación, relaciono las sentencias en las que se encuentra presente: Sentencia C-444/95, C-1287/01, C-1200/03, C-1200/03, C-513/04, C-1040/05, C-831/06, C-757/08, C-225/09, C-702/10, C-886/10, C-170/10, C-249/12, C-288/12, C-535/12, SU-712/13, C-631/14.

- **Criterio de armonización y/o sistematización armónica:** La armonización o sistematización armónica corresponde al ajuste de todas aquellas leyes, decretos o normatividades en general junto con los principios y valores que rigen la constitución.

Ha sido utilizado en las siguientes sentencias y es uno de los aportes que se realiza siempre que se hace control constitucional por parte de la Corte

¹⁷ Análisis documental de la jurisprudencia constitucional escogida.

¹⁸ Interpretación exegética del escrito normativo.

Constitucional: Sentencia C-444/95, C-1287/01, C-757/08, C-288/12, C-535/12, C-631/14, SU 712/14.

- **Criterio de preferencia normativa y/o especificidad:**

El criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general, *lex specialis derogat generali*. Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015: “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales” (Sentencia C-451, 2015).

Según las sentencias: C-886/10, C-288/12, C-535/12, C-631/14 y SU-712/13. Los casos aquí planteados deben resolverse mediante la norma que sea más concreta y precisa a la hora de resolver dicho conflicto.

Es importante mencionar que sobre este aspecto, se encuentra la tesis central del presente estudio. Toda vez, que la especificidad o preferencia normativa es la

vía más utilizada y a *criterio propio* la más adecuada para resolver casos antinómicos o difíciles.

[...] Cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra (Sentencia C-439, 2016).

- **Criterio de jerarquización y/o supremacía constitucional:** El criterio de jerarquización establece que la norma superior prima o prevalece sobre la inferior. Mientras tanto, la supremacía constitucional corresponde a preferir bajo toda circunstancia los mandatos constitucionales sobre las demás normas dentro del sistema jurídico:

[...] El principio de supremacía constitucional tiene una función jerárquica, lo cual conlleva dos

consecuencias. En primer lugar, implica la imposibilidad de predicar en el orden jurídico normas que tengan un nivel superior a la Constitución. Esto implica, a su vez, que aquellas normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en los términos del inciso primero del artículo 93 C.P., alcancen el mismo nivel jerárquico de la Constitución, pero no una escala superior que la subordine, por lo que son disposiciones integradas más no superpuestas a la Carta Política. La segunda faceta de la función jerárquica es la de servir de parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico (Sentencia C-054,2016).

Según la Sentencia C-1040/05 y la Sentencia C-249/12, el criterio de jerarquía es una forma de resolver los conflictos aquí presentados.

- **Test de ponderación o principio de proporcionalidad:** El test de ponderación permite evaluar o ponderar, si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario,

ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. (sentencia C-144, 2015).

Dicha ponderación se encuentra especialmente en la Sentencia C-1287/01, Sentencia C-631/14, Sentencia SU-712/14. Este instrumento metodológico permite resolver conflictos entre las disposiciones normativas.

Para Carlos Bernal Pulido (2007), existe una importante distinción entre la razonabilidad y proporcionalidad, que en ocasiones se confunde mediante la utilización del presente test. “El objeto de la razonabilidad es la finalidad de mostrar la diferenciación, mientras tanto, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas que tiene dicha diferenciación”. (p.75).

- **Principio de independencia y/o autonomía:** El principio de independencia judicial comprende varias categorías de análisis que se evidencian a continuación.

Lo principal es el nivel de protección de la autonomía y de la independencia del tipo de función ejercida por la rama judicial y de la forma en que esta se proyecta frente a otros órganos y poderes.

Así las cosas, cabe distinguir cuatro tipos de independencia: (i) la independencia externa frente a funciones judiciales, cuya garantía es absoluta y plena; (ii). La independencia interna frente a funciones administrativas, cuya tutela es tan sólo relativa y que además se articula con el principio de colaboración armónica con los otros poderes públicos, (iii) la independencia interna frente a funciones judiciales cuyo amparo también debe ser absoluto; (v) y la independencia externa frente a funciones administrativas, cuya protección es tan sólo moderada o relativa.

Asimismo, se distinguen tres facetas de la independencia judicial: La independencia judicial: (i) la independencia como imparcialidad, es decir, como la desvinculación del juez frente a las partes, en cuyo caso, tiene un alcance absoluto e incondicionado; (ii) la independencia como autonomía funcional, es decir, como la libertad del operador jurídico frente a otros jueces de igual o superior jerarquía;

esta dimensión de la independencia tiene un alcance relativo, en la medida en que puede ser limitada para hacer viable el control de la interpretación del derecho positivo mediante mecanismos como la apelación, la consulta y la casación, y por la necesidad de garantizar la sujeción de los jueces al precedente vertical y al propio precedente; (iii) finalmente, la independencia como autonomía orgánica o insularidad política, que implica la separación de la judicatura frente a las instituciones políticas y frente al público en general; esta modalidad de independencia también es relativa, ya que en virtud del principio de transparencia en la gestión pública, del control democrático de la función judicial, y de los derechos fundamentales de las personas, los actores externos tienen la potestad para intervenir en el ejercicio de la función judicial.

A pesar, que en las sentencias estudiadas solamente se encontró en la Sentencia SU-712/13. El aporte de dicha referencia es muy importante a la hora de tomar decisiones en *casos difíciles* explicado en

los estudios realizados por Atienza¹⁹ (2016).

- **Principio de suficiencia y/o efectividad:** La suficiencia tiene la condición de criterio. Según el Alto Tribunal, su configuración se produce cuando la demanda consigue generar en la Corte una duda mínima sobre su constitucionalidad. Para ello, será necesario analizar conjuntamente el cumplimiento de los demás requisitos a fin de identificar si la acusación logra persuadir a la Corte sobre la posible infracción de la Carta, de manera que pueda iniciarse “un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”. (Sentencia C-025, 2020).

El presente criterio, se encuentra presente en la Sentencia C-288/12 y la Sentencia C-249/12.

Por último y no menos importante, se relaciona la técnica del silogismo

jurídico. Aplicada en la mayor parte de exámenes constitucionales realizados por el Alto Tribunal.

- **Técnica del silogismo jurídico:**

La técnica del silogismo jurídico consiste en establecer una premisa mayor, una premisa menor y, de esta forma un resultado —producto de las ideas o sustentaciones de las premisas anteriores—.

1. *La Premisa mayor.* Consiste en identificar si el elemento que se supone ha sido sustituido o reemplazado es realmente un elemento esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Constitución.

Debe (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991, y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada”.

2. *La premisa menor.* Con ella se establece cuál es el alcance del acto de enmienda frente al elemento esencial y definitorio de

¹⁹ Véase el apartado I del presente artículo.

la Constitución referido en la premisa mayor. Así las cosas, se examina hasta qué punto la reforma incide o altera la estructura básica de la Constitución.

3. *La inferencia y conclusión.* A partir del análisis de estas dos (2) premisas se lleva a cabo un proceso de inferencia al que la Corte se ha referido como “premisa de síntesis”, mediante el cual “se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”.
4. *La conclusión,* indicará si se ha sustituido la Constitución o alguno de sus elementos estructurales para transformarla en una completamente distinta, de modo que se configura o un vicio por falta de competencia, o si por el contrario se está ante un acto de enmienda expedido dentro de los parámetros que autorizó la propia

Carta de 1991. (Sentencia C-170, 2010).

Hasta aquí, se evidenciaron las técnicas, criterios y principios utilizados por la Corte Constitucional, sin embargo, ¿por qué no se fueron resolviendo en la medida en la que se presentaban? El (97%) de las sentencias dadas por la CC son sentencias de inconstitucionalidad²⁰. No había sentencias que se refirieran específicamente a la teoría de las Antinomias y, las que se observaban (3%) eran descartadas por el mismo Tribunal como infundadas para establecerse. Debe prestarse especial atención al hecho de que, a excepción de la sentencia C-1287 de 2001, estas no existen dentro del tribunal. Un criterio específico para revisar y así establecer cuando nos encontramos frente ha dicho fenómeno.

Así las cosas, relaciono las sentencias que a mi juicio, son problemas antinómicos, claro está, sin poder resolverse, ni cuestionarse porque eso conllevaría a una investigación de largo alcance.

²⁰ Es curioso encontrar que en la mayor parte del análisis jurisprudencial se encuentra como núcleo común el concepto de sustitución de la

Constitución. Debo decir, que es la primera vez que leo sobre ello, pero me invita a pensar si con cada reforma mediante actos legislativos es en realidad esto lo que se busca.

Sentencias²¹: C-180/94, C-009/95, A115/15, C-025/20, C-031/14, C-034/11, C-048/17, C-063/10, C-078/17, C-112/17, C-122/11, C-123/14, C-132/12, C-181/06, C-185/11, C-189/11, C-189/08, C-223/19, C-225/09, C-234/19, C-241/09, C-249/12, C-260/16, C-261/08, C-288/12, C-290/12, C-318/08, C-329/15, C-348/17, C-400/98, C/401/05, C-412/15, C433/13, C-439/16, C-444/95, C-446/09, C451/15, C-451/16, C-463/14, C-474/15, C-495/19, C-516/16, C-535/12, C-538/08, C-540/16, C-551/16, C-552/15, C-576/04, C-593/12, C-593/14, C-702/10, C-748/11, C-755/08, C-777/06, C-802/02, C-936/10, C-961/07, C-986/10, C-1200/03, SU-712/03, SU-913/09, T-019/20, T-089/19, T199/09, T-303/18 T-488/14, T-515/12, T-646/11, T-718/15 y, T-823/02.

Hasta aquí, me he dado a la tarea de estudiar las categorías de análisis claves para entender el problema de AC. En igual sentido se han relacionado las técnicas, criterios y principios utilizados por la CC al momento de resolver conflictos —en este caso y como lo pudimos observar no

precisamente, antinómicos sino en desarmonía constitucional-.

3. El contexto socio-jurídico en el que se resuelven las Antinomias Constitucionales

El día a día judicial transcurre entre la exigencia de hacer justicia —ya sea simbólica o real— y la difícil tarea de superar las dificultades que se presentan.

En primera medida, la crisis judicial que agudiza y desangra los juzgados en Colombia, el cansancio por la interminable tarea de impartir justicia tiene a los juzgados del país en una sobre carga de procesos judiciales, sumado al hecho del exceso del uso de la tutela como instrumento predilecto por los colombianos para resolver los problemas, cuando no es por cuenta propia²². Esa *tutelitis* aguda —que en determinados casos es la herramienta de mayor utilidad y brevedad para salvaguardar derechos—

²¹ Es importante mencionar que la presente jurisprudencia utiliza en mayor parte los criterios que aquí se han desarrollado, pero con la muestra dada por la CC.

²² Dejo a imaginación del lector cómo resolvemos los colombianos por cuenta propia los problemas, teniendo en cuenta nuestro capital cultural.

se ha convertido en la herramienta para resolver todo. Ralentizando procesos de carácter ordinario —demandas civiles, laborales, entre otras— que ocupan al operador judicial quien debe resolverlas.

Otro aspecto fundamental del operador judicial se relaciona con los juicios valorativos que este emite al momento de decidir. Las siguientes líneas se aproximan desde el contexto socio-jurídico, al análisis de estos aspectos por los que camina el juez todo el tiempo, a veces desconocidos por él a la hora de analizar como fallan los jueces en Colombia y no cómo deben fallar.

3.1. Entre las dificultades y posibilidades que asume el operador judicial al momento de decidir

Para Posner (2011), la actividad judicial comprende un margen de independencia política que está delimitado en el ejercicio pleno de la ejecución judicial. Sus fallos deben estar en concordancia con una *cierta* objetividad a la hora de fallar, pues ya el juez se ha separado de las condiciones

políticas y ahora se hace necesario que su análisis vaya encaminado hacia la toma de decisiones sobre estos casos *difíciles*. Pero, ¿Qué sucede con ese margen de subjetividad²³ del cual el individuo no puede desprenderse y que además, ha sido legitimado por la Corte Constitucional en Colombia a la hora de emitir un juicio en el caso? Recordemos aquí el fallo de la sentencia estudiada anteriormente, C-1287 de 2001.

Para iniciar esta discusión es importante señalar algunos elementos teóricos a partir de los cuales se enfoca el estudio que Posner ha realizado sobre las dificultades a la hora de decidir, tema que limitare en dos (2) categorías: La pragmática y legalista²⁴.

Para el autor, lo primero que el operador judicial realiza cuando está frente a un caso es: ¿Qué otros casos —fallados con anterioridad— tienen los mismos presupuestos fácticos, para retomar el análisis jurídico que se ha realizado y aplicarlo en él? Esta posición indica un método de analogía que en ocasiones

²³ Dicha subjetividad comprendida a partir del entendido que el juez conoce y entiende que sus fallos deben estar sometidos al imperio de la ley, tal como lo establece el artículo 241 de la constitución política de Colombia, pero que a pesar de ello, tiene

en sí mismo unas valoraciones morales y éticas de las cuales no puede prescindir.

²⁴ Véase el capítulo VII, el método judicial: Constricciones internas de la actividad de juzgar.

resulta insuficiente porque los hechos por más parecidos que sean siempre tienen factores que los hacen distintos. Por tanto, el autor rechaza que estos casos se fallen de esta manera.

Las analogías pueden utilizarse, pero sólo de formas sugerentes como lo haría las metáforas, los símiles y las tramas a la literatura, pero esto no debe significar que todos los casos se piensen de esa manera (Posner, 2011, p.205).

Recordemos que en este apartado, el objetivo es evidenciar las formas en que se establecen ciertos criterios de operacionalización judicial.

Podríamos simplemente decir que recurrir a consultar el precedente cuando se trata de decidir de un nuevo caso es una forma de buscar ciertas intuiciones en materia de políticas públicas que pueden ser de aplicación al nuevo caso. Todos estos enfoques nos llevan a un mismo resultado. Ninguno de ellos exige una discusión acerca de la analogía (Posner, 2011, p.207).

Hasta aquí, podemos hablar, que aunque el método de la analogía es muy utilizado por los Tribunales Constitucionales y los jueces están en el deber de cumplirlo, existen ciertos márgenes que permiten desconocerlo: i) Si aplican disposiciones legales que han sido declaradas

inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) Si se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad. La interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, (iii) Si desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, y/o (iv) si desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela (Sentencia T-360 de 2014).

Es importante tener en cuenta que el rechazo no está en que el precedente judicial deba desconocerse, sino que esta sea la única herramienta del juez a la hora de analizar un caso. En Colombia, es importante recordar que la doctrina del precedente judicial juega un papel de sumo interés, no obstante, la Corte Constitucional en sus últimos fallos ha contrariado ciertas posturas que en principio, pensaríamos que se mantendrían

vigentes²⁵. No en vano es su deber constitucional salvaguardar la carta política de nuestra nación. Sin embargo, es importante mencionar que la mirada conceptual de Posner (2011) proviene de un sistema judicial norteamericano y europeo que tiene muy presente este tipo de decisiones y que limita sus fronteras a partir de los casos ya resueltos. No se quiere decir con esto, que no haya posibilidad a nuevas miradas, sino que es la forma tradicional de hacer las cosas.

Cuando se trata de comprender el sistema judicial, Posner menciona que debe existir la comprensión entre reglas y principios que forman parte del entramado jurídico. En dicho contexto judicial cabe preguntarse, ¿Por qué la elección del juez *casi* siempre se inclina hacia la regla y no al principio? teniendo en cuenta que todo juez es constitucionalista. Acaso esta elección, ¿Obedece a los contextos políticos y sociales del momento²⁶? Lo que hoy constituye, sobre todo en el ámbito penal, un populismo punitivo.

Pareciese que la tendencia y exigencia política del momento llevará al juez a decidir sobre la presión mediática, el compromiso emocional, la intensidad y preferencia por una u otra decisión, lo que no es más que el reflejo de su subjetividad y la presión social del contexto²⁷.(p.46).

Un autor clásico contemporáneo que fue capaz de interpretar los hechos sociales sin la utilización de anacronismos es Max Weber. Los procesos sociales que se discuten entre la incertidumbre del quehacer y los sistemas de valores ya instaurados en la sociedad nos llevan a preguntarnos ¿Con qué gafas miramos al mundo? Para Weber, cada individuo tiene sus propios dioses y demonios que lo llevan a tener una idea de lo correcto e incorrecto, a veces común, a veces solitaria. (Valencia, 2020).

Según esta interpretación Weberiana, el actor social no es más que un agente activo que no siempre debe ser reductible a la racionalidad social a la que pertenece. Este

²⁵ Caso Andrés Felipe Arias en revisión de la Corte Suprema de Justicia a solicitud de la Corte Constitucional.

²⁶ La teoría sociológica del comportamiento judicial, centra su atención en pequeñas dinámicas de grupos sociales que hacen parte del diario vivir

judicial, es decir, una antropología jurídica del estado y sus instituciones.

²⁷ Con esto no se quiere decir que el juez solamente analice sus decisiones a partir de estas bases, pero es lo que está *detrás del telón* y en ocasiones se deja de lado y no es algo de menor valor para entenderlo.

individuo posee ciertas dimensiones que le son puramente subjetivas y allí, existe cierto margen de maniobra a la hora de decidir. Hablar de ello en profundidad, conllevaría a caminar por otros escenarios que no son propiamente el objetivo de este apartado, por tanto, volveremos a nuestra discusión.

La elección entre esas reglas y principios están dadas por un amplio abanico de sentencias ya proferidas por Altos Tribunales. Las reglas, como ya lo hemos visto anteriormente, corresponden a la mejor forma de fallar un caso. Ellas están limitadas para resolverlos, mientras que los principios son generadores de abstracción y muy reducida aplicabilidad, aunque su mayor rango sólo limita fronteras difusas.

Puede que el enunciado literal de una regla haga tan claro su ámbito de aplicación que la aplicación de la misma a un nuevo conjunto de hechos no requiera consideración alguna de sus objetivos; en un caso así el análisis nunca irá más allá del nivel semántico. (Posner, 2011, p.209).

Este planteamiento trae consigo un nuevo elemento que finalmente nos permitirá explicar esa diferencia entre el pragmatismo y el legalismo, propuestos por Posner (2011).

El nivel semántico de la reflexión de textos jurídicos invita a pensar en la literalidad de la norma, sin tener en cuenta el nivel interpretativo que reviste al juez constitucional. En este caso, en el que sólo se mira la literalidad de la norma, estamos ante un operador judicial legalista, quien lee a partir de la interpretación restrictiva, lo que hoy, mal llamamos un positivista jurídico.

El caso contrario es cuando nos referimos a los niveles de interpretación extensiva que tienen en cuenta los contextos –vuelvo y repito– sociales, culturales y políticos que no son tratados como menores en este tipo de interpretación.

Este análisis sugiere reflexiones relativas a la interpretación pragmatista en el derecho. Por ejemplo, Colombia está en un proceso de creación normativa que otorga a los animales la categoría de sujetos de derecho. Esto introduce un panorama contemporáneo especialmente en el derecho constitucional. En este escenario, ¿Cómo interpretar el artículo 103 del

Código Penal²⁸ en concordancia con esta nueva categoría de sujetos²⁹? Aunque este puede parecer un pensamiento ligero que ya habrá sido desarrollado con amplitud por gestores de la normatividad y tendrá unas restricciones muy claras, considero relevante traerlo a la discusión en tanto nos lleva a pensar —en niveles metodológicos— ¿Hasta qué punto se permite una interpretación pragmatista sin que raye con los límites de lo irracional?

La interpretación es una actividad humana natural e intuitiva, que no obedece a una lógica de fases y procedimientos ya establecidos. Es un proceso *per se* al ejercicio resolutorio de problemáticas.

Por el contrario, el individuo legalista, reduce sus pronunciamientos al estricto cumplimiento del mandato constitucional, haciendo un ejercicio valorativo: premisa mayor, *lo establecido por la normatividad*. Premisa menor, *los hechos*. Resultado final del caso; Posibilidad 1: *acogimiento al precedente judicial*, posibilidad 2: *aplicación restrictiva de la normatividad*.

Para los amigos de esta forma de interpretación, la validez del modelo radica en que las lagunas que se encuentran son los propósitos del legislador y no debe ir más allá, porque estaría convirtiendo al juez en legislador.

Las posibilidades que, en cambio, presenta el modelo pragmatista permiten utilizar la experiencia extraída de los casos y de fuentes de información posteriores a la promulgación de la ley para solventar aquellos vacíos jurídicos, que no fueron tenidos en cuenta —de forma consciente o no— por parte del legislador; aunque este modelo deje de lado la intención colectiva que tuvo el legislador al momento de votar a favor o en contra del acto legislativo³⁰.

No se puede ignorar que una interpretación extensiva también rebosa los límites de la normatividad, aunque es cierto que reconoce circunstancias de valor social que deben tenerse en cuenta. El derecho no puede seguir fallando desde un contexto de desconocimiento social y agudizando los escenarios de desigualdad.

²⁸ El que mataré a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

²⁹ Aunque la Corte Constitucional ya se pronunció sobre el caso, manifestando que su categoría pertenece a la de objetos de protección constitucional. En el congreso de la república se

adelantan debates sobre la creación de una ley que los proteja y tenga en cuenta la categoría de sujetos.

³⁰ Este pronunciamiento en el entendido de los modelos de estado social de derecho que cuentan con una representación parlamentaria a la hora de tomar este tipo de decisiones.

Considero importante que las nuevas visiones del derecho ahora se pregunten por el tipo de juez que debe tener en cuenta, además de una visión legalista, una posición social del derecho.

Para analizar esta problemática es preciso pensar en los elementos externos que el juez tiene al momento de estudiar el caso.

En Colombia, la congestión judicial es una problemática del día a día. Según la investigación realizada por el diario El Tiempo (2019), el 20% de los casos judiciales no se resuelven. Hasta la fecha de la investigación existían un total de 1,8 millones de casos pendientes por fallar. La situación precaria de la justicia en Colombia solamente existen once (11) jueces por cada cien mil habitantes.

No un secreto que los procesos judiciales en Colombia tardan años en resolverse. Pero, la problemática no para allí. Los conflictos en Colombia pareciesen tener solamente dos (2) alternativas: La justicia de mano propia o la vía judicial. Esto es problemático, porque la primera solución invita a nuevas disputas en la forma en la que han sido solucionadas, mientras que la segunda pone en movimiento el aparato judicial —en ocasiones,

innecesariamente— porque pudo haber sido resuelto mediante Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos. Pero a esta cultura le faltan décadas para instaurarse en la sociedad colombiana. Además de esto, el citado estudio establece que para la eficiencia judicial también es importante un proceso de tecnificación de la justicia para reducir tiempos y hacerla más eficiente. A pesar que el Consejo Superior de la Judicatura ha tenido la intención de colocar estas preocupaciones sobre la mesa, los intereses políticos no han visto esta necesidad como urgente. Es necesario tener en cuenta estos factores pues son parte del contexto social de los juzgados en Colombia, espacios en que los jueces imparten supuestos de justicia y hacen cumplir la ley.

Hasta el momento, he analizado los tipos de posiciones que tiene el juez cuando se encuentra en la posición de fallar un caso: Aquellas que pertenecen los factores por la elección metodológica; Pragmatismo o legalista; los factores de elección individual; emociones, populismo punitivo y condiciones políticas del momento y, el medio social y sus precariedades como se entrevé en la crisis

y congestión judicial que viven la rama y sus actores.

Este sujeto activo del derecho —el juez— tiene a su alrededor una atmósfera llena de complejidades que logra desentrañar apuntando a dos (2) objetivos: Fallar en el sentido que ha pronunciado ya la jurisprudencia de la Corte Constitucional o desligarse de estos pronunciamientos y sustentar su fallo judicial en el análisis realizado por él, caso en el cual se puede ver inmiscuido en una investigación disciplinaria³¹.

Este panorama nos invita a reflexionar sobre el importante papel que juegan los medios externos en un sujeto que se reviste de justicia, imparcialidad y objetividad, pero que en ocasiones tiene las manos atadas y los ojos solo para observar y aplicar lo que sus Superiores consideran es derecho y justicia.

3.2. Las manos atadas, los límites que plantea el precedente judicial en Colombia

Según la Corte Constitucional, “el precedente judicial en Colombia es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”. (sentencia T-360 de 2014).

Esta categoría analítica puede ser de dos (2) clases: Horizontal o vertical. Es horizontal, sobre aquellas sentencias fijadas por autoridades de igual jerarquía o del mismo operador judicial, mientras que, son de carácter vertical, las que corresponden al tipo de decisiones emitidas por instancias superiores.

En los estudios realizados por Diego Eduardo López Medina, en su texto titulado: *El derecho de los jueces* (2006). Se examinó el peso que tiene la

obligación de todas las autoridades judiciales —sea éste precedente horizontal o vertical—, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe.

³¹ Para la jurisprudencia de esta Corporación el desconocimiento, sin debida justificación del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una

jurisprudencia como fuente de autoridad para la toma de decisiones judiciales (p.118). Se revisaron de forma aleatoria el 5% del número total de sentencias que se emitieron en el año 2003 por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia dentro de la base electrónica www.lexbase.com.co. Los resultados del análisis permitieron concluir lo siguiente:

- La Corte frecuentemente afirma en sus sentencias de revisión las decisiones tomadas por los jueces de tutela cuando estas vulneran la doctrina constitucional, mediante sentencias de reiteración, en las que busca corregir el desconocimiento de su doctrina por parte de los jueces inferiores. (p.125).
- La aparición de tutelas contra fallos de tutela, obligó al Tribunal Constitucional a fallar sobre este aspecto, en el caso de la Sentencia SU-1219 de 2001, que busca prohibir la reiteración del litigante por

insistir en la violación del derecho a la igualdad presente en otras decisiones — considera son precedente judicial, pero no para ese caso—. Ello deja claro que el mecanismo idóneo es la revisión por parte de la Corte Constitucional. (p.125).

- Los jueces de tutela que incurran en arbitrariedades mediante la emisión de una sentencia de tutela vulnerando derechos fundamentales, podrán ser impugnados por las víctimas ante el juez competente y este deberá remitirlo a la Corte Constitucional para su revisión³².
- La vinculación jurisprudencial como fuente del derecho ha sido utilizada en la actualidad, incluso en países de tendencia conservadora. (p.135).
- El papel de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes

³² Artículo 86 inciso 2.

del derecho hace parte de la cultura jurídica contemporánea. (p.134).

3.3. Para un lector despistado

Así las cosas, el análisis investigativo propuesto por Medina (2006), permite clarificar algunas decisiones comunes entre la rama judicial. La jurisprudencia es hoy por hoy una fuente formal del derecho. La interpretación constitucional es una forma limitada y muy característica que deben utilizar los jueces a la hora de fallar, pareciese un molde hecho a la medida de los que trazan los derroteros y límites del derecho en Colombia. No es detalle menor pensar que la analogía a pesar de la crítica realizada por Posner (2011) es un instrumento de suma aplicación en nuestro país, por tal razón este método es ineludible.

El lector pensará en qué momento terminamos hablando del precedente judicial como camino para resolver las

Antinomias Constitucionales, pero bien decía un profesor del seminario doctoral en sociología de la Universidad del Valle –Texto sin contexto, no es nada-. Estos pronunciamientos de orden social, político y administrativo son necesarios para entender el contexto — como ya lo he mencionado con anterioridad— en que se mueve el operador judicial³³.

A renglón seguido, quiero referirme a una propuesta ligera y muy atrevida³⁴ que he realizado a partir del análisis teórico y jurisprudencial que he realizado a lo largo de estos dos (2) años pensando cómo se deben resolver las Antinomias Constitucionales.

Considero, que un aspecto desde el que no se han abordado las Antinomias Constitucionales es el tema que obedece al entorno judicial y el papel del contexto que he venido desarrollando en el presente apartado, por tanto, a continuación pongo a

³³ No me quiero detener en las formas en que se crean los precedentes judiciales, de qué forma se fundan las sentencias hito o fundadoras de línea. Muy claro lo deja Medina en su texto.

³⁴ Por atrevida no se entienda descuidada, ni mucho menos pensada. Hago referencia a la apertura de un foco analítico que no ha sido tratado hasta el momento con la debida diligencia y que por tanto es arriesgado, pero no irracional, verlo desde este ángulo.

consideración del lector una perspectiva socio-jurídica sobre las Antinomias Constitucionales.

4. La perspectiva socio-jurídica de las antinomias constitucionales

Para Luc Boltanski (1990), en su texto titulado: *El amor y la justicia como competencias, tres ensayos de sociología de la acción*, la denuncia pública constituye una serie de implicaciones en las que el sujeto recorre caminos desconocidos para él, en ocasiones resolviendo sus problemas, en ocasiones haciéndolos más gravosos. Pero dicha denuncia, no obedece a la instauración judicial ante una fiscalía o juez municipal, sino ante los medios periodísticos franceses. El periódico *Le Monde* se dio a la tarea de publicar todos aquellos casos en los cuales los sujetos denunciaran de forma individual o colectiva los casos que no llegaban hasta las instancias judiciales, ya fuera por falta de recursos económicos

o por la insuficiencia de pruebas para demostrar la vulneración de los derechos.

La investigación desarrolla dos (2) postulados que quiero plantear como elementos de análisis discursivo para abordar –con pinzas y en detalle- las Antinomias.

El primero de ellos, obedece a los factores colectivos que suceden cuando los casos eran presentados en colectividad y no de forma individual, al igual que sucede con las AC. ¿Qué sucede cuando las reglas y los principios del derecho interno no corresponden a la misma solución que propone el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁵ (SIDH)? Con esto sugiero que las AC no solamente son de carácter hermenéutico y argumentativo, sino que también se encuentran presentes en las formas contradictorias dentro del derecho en las que se puede resolver un caso.

Si bien el margen de apreciación de los Estados por aplicar las disposiciones del SIDH es deliberativo, no debería serlo en

Mientras tanto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos propone que la reparación debe ser en conjunto.

³⁵ Piénsese en casos como comunidad afrodescendiente de Cacarica Vs Colombia de la CIDH, esto en el sentido que por un lado las reglas del derecho interno proponen que una decisión de reparación de forma colectiva hasta que no se establezca la individualización de cada víctima.

este tipo de cuestionamientos. La mayor parte de estas disposiciones sigue siendo parte del *soft law* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

En primera medida, propongo las Antinomias Constitucionales como una disputa jurídico-social por quién tiene más elementos de juicio y valor a su favor para tomar la decisión, es decir, cual regla o principio favorece más a la forma en la que piensa en operador judicial colombiano y en cierta medida, pero —muy reducida— pensó el legislador. Muestra de ello son los pronunciamientos sobre la concepción de familia propuesta en la Constitución Política en su artículo 42 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en su Sentencia C-863 de 2015. La familia, según el articulado constitucional, “está compuesta por un hombre y una mujer que constituyen vínculos naturales o jurídicos, mediante una decisión libre y espontánea, conformando así, el núcleo fundamental de la sociedad”. Sin embargo, este pronunciamiento, raya con el abanico de familias que hoy representan a la sociedad

colombiana, no solamente en términos de parejas del mismo sexo, sino además, familias constituidas por tíos, abuelas, primos y sobrinos, entre otros.

De esta forma, podemos entrever que las contradicciones se presentan continuamente y a la hora de resolverlo, el Tribunal Constitucional toma en cuenta esos elementos que no pueden ser desconocidos por el ámbito judicial, en este caso, la conformación social de la familia, distinta al orden establecido en artículo 42.

La resolución interpretativa del articulado constitucional, por parte de la Corte Constitucional, permitió un nuevo abanico de posibilidades que hoy hacen parte de la jurisprudencia constitucional, entre ellas la adopción de parejas del mismo sexo.

Pero la cuestión no para allí, no es posible abordar un tema social sin antes agregar el tema político y económico. Con esto quiero afirmar que a pesar de poner sobre la mesa la necesidad de resolver problemas sociales, el poder político y sus formas de dominación siguen presentándose como guionistas y protagonistas de la obra.

Según la Resolución 3035 del 23 de Julio de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral (CNE), en Colombia, existen dieciséis partidos políticos que hacen parte de las contiendas electorales municipales, regionales y nacionales. Con esto, quiero mostrar que la pluralidad de pensamientos ya no solamente está presente en el corte liberal o conservador de los años cincuenta, ahora existen un número importante de movimientos políticos que están presentes en el Congreso de la República y que traen consigo ideas de avanzada tendientes al neoliberalismo o liberalismo contemporáneo³⁶. Esto a su vez es importante porque es el Senado de la República quien finalmente elige de la terna presentada por el presidente a los magistrados de la Corte Constitucional³⁷. Ello quiere decir, que en el ambiente constitucional los hilos del poder sientan en la discusión jurídica de los derechos a los amigos de sus pensamientos comunes.

Esta elección es un tema que merece una discusión analítica profunda y valdría la

pena que saliera de los claustros académicos y se diera espacio entre las discusiones parlamentarias y sus repercusiones. *Recordemos* que la independencia judicial es una bandera de las Altas Cortes —aunque solamente sea en el discurso—.

Por último, quiero referirme al papel que juega la economía en la toma de decisiones por una u otra vía en el derecho para resolver casos antinómicos. Colombia, se encuentra posicionada como la cuarta economía más grande de América Latina, después de México, Argentina y Brasil. La economía colombiana se basa fundamentalmente en la producción de bienes primarios para la exportación y producción de bienes de consumo para el mercado interno.

El análisis sociológico del problema de la justicia en Colombia examinó la estructura y dinámica judicial como parte de la estructura burocrática del estado moderno. En el examen del proceso de construcción del aparato de justicia aparecen claros los imperativos por una clase empresarial que históricamente había tratado de asignarle una funcionalidad al aparato de judicial en relación con el

³⁶ Véase el trabajo compilado por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) de Luis Rojas Villagra, titulado *El neoliberalismo en América Latina. Crisis, tendencias y alternativas* (2015).

³⁷ Artículo 239 de la Constitución Política y 44 de la Ley 270 de 1996.

desarrollo económico (Nemoga, 1995, p.111).

En la actualidad la crisis judicial se ha agudizado de tal forma que convirtió al sistema jurídico colombiano en una sala de espera donde los pacientes claman justicia y respuestas a sus interrogantes³⁸, pero la incapacidad estatal y la falta de recursos solamente puede ofrecerles alivios mediáticos y —de vez en cuando— justicia material³⁹.

Así las cosas, las soluciones de Antinomias Constitucionales corresponden la mayor parte de las veces a la subjetividad del operador judicial. Los métodos de la Corte Constitucional se convierten en posibilidades que se han marcado a partir de derroteros, pero que permiten ciertos espacios de decisión. Cabría entonces preguntarnos ¿No son acaso esos límites contradictorios entre sí?

La Corte Constitucional rechaza de plano que dentro de la constitución existan normas contrarias entre sí, toda vez, que estas se encuentran armonizadas y en concordancia con el principio de unidad normativa. La figura de sustitución de la

constitución se presenta cuando se introduce una nueva normatividad; ley, regla, principio o valor que reemplace a cualquier de los que ya se encuentra vigente (Sentencia C-1040, 2005).

Sin embargo, la Corte Constitucional desconoce la forma efectiva de identificar Antinomias Constitucionales, por lo cual es importante establecer un método singularizado de examen constitucional que le permita al Alto Tribunal, no confundir las demandas de inconstitucionalidad con las AC.

La Sentencia C-702 de 2010 establece la forma en que debe llevarse a cabo la armonización del derecho internacional, no obstante, la reiteración de fallos en la jurisprudencia de Corte Constitucional, se convierte en lo que ha denominado regla jurisprudencial, que no es otra cosa, que la obligación del operador judicial a mantenerse dentro de los límites ya establecidos —esto opera en cualquier ámbito—.

La identificación de límites con fundamento en la tesis actual relativa a la prohibición de

³⁸ Véase el trabajo de Javier Auyero. *Los pacientes del Estado* (2014).

³⁹ Piénsese en los fallos de tutela por citas prioritarias para pacientes en estados críticos de salud. (Sentencia T-069, 2018).

sustitución de la Constitución, plantea problemas complejos que justifican un replanteamiento metodológico por parte de esta Corporación. (Sentencia C-294, 2012).

Para la Corte Constitucional no existen valores, reglas o principios pétreos en la Constitución, por tanto, cada día se avanza hacia la sustitución constitucional y no hacia la armonización de nuevos principios, reglas y valores.

RECOMENDACIONES

Es importante que la Corte Constitucional establezca un método de análisis a partir de los criterios, técnicas y principios que ya tiene establecidos para este fin.

En igual sentido, las decisiones jurídicas deben estar justificadas internamente y deben estar separadas de la justificación externa, en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda.

Sobre los postulados de Atienza (2016), es importante establecer límites a las fronteras en las que camina el juez para tomar sus decisiones.

Ya que el contexto judicial cada vez se hace más complejo, sus necesidades deben ser atendidas con el debido criterio. Pareciese una cosa sin relación con un problema hermenéutico, sin embargo, las condiciones sociales del operador judicial son un criterio importante que lo lleva a tomar ciertas decisiones.

La subjetividad del operador judicial juega un papel de grandes dimensiones, por lo cual, la preparación técnica y fundamentación teórica y social del juez son elementos fundamentales para la toma de decisiones.

Según la interpretación Weberiana, el actor social no es más que un agente activo que no siempre debe ser reductible a la racionalidad social a la que pertenece. Este individuo posee ciertas dimensiones que le son puramente subjetivas y allí, existe cierto margen de maniobra a la hora de decidir. La interpretación como una actividad humana natural e intuitiva, que no obedece solamente a una lógica de fases y procedimientos ya establecidos. Es un proceso *per se* al ejercicio resolutivo de problemáticas.

Este panorama nos invita a reflexionar sobre el importante papel que juegan los

medios externos en un sujeto que se reviste de justicia, imparcialidad y objetividad, pero que en ocasiones tiene las manos atadas y los ojos solo para observar y aplicar lo que sus Superiores consideran es derecho y justicia.

La jurisprudencia es hoy por hoy una fuente formal del derecho. La interpretación constitucional es una forma limitada y muy característica que deben utilizar los jueces a la hora de fallar, pareciese un molde hecho a la medida de los que trazan los derroteros y límites del derecho en Colombia. No es detalle menor pensar que la analogía a pesar de la crítica realizada por Posner (2011) es un instrumento de suma aplicación en nuestro país, por tal razón este método es ineludible.

Un aspecto poco abordado de las Antinomias Constitucionales es el tema que obedece al entorno judicial y el papel del contexto que he venido desarrollando en el presente apartado, por tanto, a continuación pongo a consideración del lector una perspectiva socio-jurídica sobre las Antinomias Constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. (2015). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Instituto de investigaciones jurídicas. México, D.F. ISBN 970-32-0364-7.

Bernal, P. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Colección de estudios constitucionales. Madrid. ISBN. 84-259-1302-0.

Bernal, P. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. ISBN. 958-616-902-2.

Boltanski, L. (1990). *La denuncia pública*. Recuperado de <https://google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#search/libro+boltanski?projector=1>

Corte, C. (SF). *Funciones de la Corte Constitucional colombiana*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/la-corte/#:~:text=Los%20Magistrados%20de%20la%20Corte,la%20Ley%20270%20de%201996.>)

Dinero, R. (202). *Expectativas en el frente político 2020*. Recuperado de <https://www.dinero.com/inversionistas/articulo/expectativas-en-el-frente-politico-para-2020/281074>

Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Ed. Harvard University Press. Londres. ISBN 843-441-508-9.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Ed. Centro de estudios

políticos y constitucionales. Madrid. ISBN 978-84-259-1582-6.

El tiempo, Ed. (2020). *Al año, 20 % de casos judiciales quedan represados y suman congestión*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cifras-motivos-y-posibles-soluciones-a-la-congestion-judicial-en-colombia-474588>

Medina, D. (2006). *Interpretación constitucional*. Recuperado de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tre/content/pdf/a6/8.pdf>

Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2da edición. Legis editores S.A. Colombia. ISBN 958-653-492-8.

Pelaez, JM. (2019). *The conceptual differences and practices between the “balancing” by Ronald Dworkin and the “weighing” by Robert Alexy*. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300167

Perelman, CH. Olberchts, T. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Recuperado de https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001427.pdf

Posner, R. (2011). *cómo deciden los jueces*. Editorial Marcial Pons. Madrid. ISBN 978-84-9768-871-0.

Rojas, V. (2016). *Neoliberalismo en América Latina. Crisis, tendencias y alternativas*. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20151203044203/Neoliberalismo.pdf>

Sanz, M. (2002). *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. ISBN 978-84-9085-185-2.

Valencia, A. (2020). *Conversatorio Max Weber: 100 años después de su muerte - la vigencia de un legado sociológico en un mundo desencantado*. Conferencia llevada a cabo de forma virtual, organizada por la Universidad del Valle, Universidad Nacional Autónoma de México & Universidad Nacional del Cuyo.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Corte, Constitucional. (2020). *Sentencia C-025*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-025-20.htm>

Corte, Constitucional. (2019). *Sentencia C-292*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-292-19.htm>

Corte, Constitucional. (2017). *Sentencia C-112*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-112-17.htm>

Corte, Constitucional. (2016). *Sentencia C-373*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-373-16.htm>

Corte, Constitucional. (2016). *Sentencia C-439*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-439-16.htm>

Corte, Constitucional. (2016). *Sentencia C-054*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>

Corte, Constitucional. (2016). *Sentencia C-285*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-285-16.htm>

Corte, Constitucional. (2015). *Sentencia SU-515*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU515-13.htm>

Corte, Constitucional. (2015). *Sentencia C-144*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

Corte, Constitucional. (2014). *Sentencia C-870*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-870-14.htm>

Corte, Constitucional. (2014). *Sentencia C-631*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-631-14.htm>

Corte, Constitucional. (2013). *Sentencia T-954*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-954-13.htm>

Corte, Constitucional. (2013). *Sentencia T-832^a*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-832a-13.htm>

Corte, Constitucional. (2013). *Sentencia SU-712*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm>

Corte, Constitucional. (2012). *Sentencia C-535*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-535-12.htm>

Corte, Constitucional. (2012). *Sentencia C-288*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm>

Corte, Constitucional. (2012). *Sentencia C-249*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>

Corte, Constitucional. (2012). *Sentencia C-170*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-170-12.htm>

Corte, Constitucional. (2010). *Sentencia C-886*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-886-10.htm>

Corte, Constitucional. (2010). *Sentencia C-702*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-702-10.htm>

Corte, Constitucional (2009). *Sentencia C-225*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-225-09.htm>

Corte, Constitucional. (2008). *Sentencia C-757*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-757-08.htm>

Corte, Constitucional. (2006). *Sentencia C-831*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-831-06.htm>

Corte, Constitucional. (2005). *Sentencia C-1040*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>

Corte, Constitucional. (2004). *Sentencia C-513*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-513-04.htm>

Corte, Constitucional. (2001). *Sentencia C-1287*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>

Corte, Constitucional. (2003). *Sentencia C-1200*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>

Corte, Constitucional. (1995). *Sentencia C-444*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-444-95.htm>