

JUSTO FORMALISMO

La aplicación formal del derecho, casos y límites

AQUILES ARRIETA¹

It is impossible to adequately answer, using formal arguments, the unavoidable practical question that arises when applying the rules and principles of a legal system. In such a question, dimensions involving values and politics will always be present, either tacitly or explicitly. Nevertheless, formal arguments are considered an adequate basis to support the solution to a good number of cases. This is not objectionable; in fact, it is desirable. To accept that a formal argument is enough to support a judicial opinion, and not allow that a debate about the root issues take place, is a material guarantee to effectively protect people's rights in many cases. When that debate should take place, and when it should not, is, then, part of the properly legal discussion and of the range of action of the judicial branch of power. The article offers two cases as examples, one from Guatemala, the other from Colombia.

El marco de la cuestión

Salvo algunas posiciones «excepcionales», me atrevo a decir que hoy en día nuestra comunidad jurídica acepta que los jueces de la República tienen la facultad de *crear derecho*. Aunque existen grandes divergencias respecto a cuál es el alcance y cuál es el fundamento de tal facultad, la mayoría de actores del sistema judicial han conocido en carne propia el fenómeno y saben de qué se trata. Ante los ojos de muchas personas, abogados o legos, sin importar qué tipo de pretensión elevaron, se han desvanecido sólidas construcciones jurídicas que aseguraban la «existencia» y la «exigibilidad» de un derecho. Igualmente, terrenos inciertos y resbaladizos en los que poco asidero tenía la defensa de una causa, por arte de magia se

¹ El autor agradece los comentarios puntuales que hicieron diferentes oyentes y lectores de la versión original, en especial, la juiciosa lectura de Juanita Durán.

secan y transforman en tierra firme, apta para fundar alegatos en un proceso judicial.² Los jueces conocen el margen de decisión con que cuentan en cada caso, saben cuál es el ámbito en el que ellos profieren «la última palabra»³ y saben que éste depende de su lugar en la comunidad jurídica (cargo, prestigio, etc.).⁴

Aceptar que los jueces *crean derecho*, sin embargo, no es aceptar que los jueces «legislan», ni que deberían hacerlo.⁵ Legislar es una de las «fuentes de donde emana» el derecho, pero no la única. Los jueces pueden, por ejemplo, ampliar o restringir el uso de un concepto en la práctica jurídica, aumentando o disminuyendo así el número de casos cobijados por las normas que lo usen; pueden llenar una laguna legislativa cuando la ley no dice cómo resolver un caso; deben elegir qué norma aplicar cuando dos o más de ellas se enfrentan; incluso, pueden decidir no aplicar una ley en un caso concreto, por considerar que hacerlo sería inconstitucional. Pero los jueces no pueden legislar, no pueden expedir leyes. No tienen la facultad de seleccionar, a voluntad, un sector de la vida social, delimitarlo y regularlo en atención a una política legislativa que surge de un debate público previo. Los jueces pueden «interpretar» y resignificar los textos normativos existentes, pero no proponer libremente textos nuevos o cambiar la redacción de los que hay. Los jueces no pueden elegir qué temas tratar, su decisión está restrin-

² Al respecto sostiene Theodor Viehweg: «(...) No se puede tomar a mal que los principios aspiren al señorío, es decir, al rango de axiomas. Antes bien, ésta es, por decirlo así, su función. Este camino es totalmente exacto, si se quiere proyectar un sistema lógico que esté exento de objeciones. (...)» || Todo parece hablar a favor de esta vía, salvo, cabalmente, la experiencia del trabajo cotidiano de los juristas. Wilburg proporciona abundantes ejemplos que demuestran cómo por doquier, los principios tienen que ser quebrados, limitados y modificados, lo que para ningún jurista representa algo que sea sustancialmente nuevo. El jurista sabe que ha de enfrentarse con mucho cuidado con las proposiciones propuestas como principios de su disciplina, que 'disfrutan el cariz de axiomas'. (...)» (Viehweg, Theodor (1963): *Tópica y jurisprudencia*. Editorial Taurus. Madrid, 1986. p.155) [Viehweg hace referencia a una afirmación de Walter Wilburg en *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*; 1950.]

³ Aharon Barak, Presidente de la Corte Suprema de Israel, hace una reflexión en torno a este tema, a partir de su particular experiencia como Juez en dicho tribunal. Dice Barak: «I reject the contention that the judge merely states the law and does not create it. It is a fictitious and even a childish approach. (...) I suspect that most supreme court judges believe that, in addition to stating the law, they sometimes create law. (...)» Barak, Aharon(2002): «A judge on judging: The role of a Supreme Court in a Democracy». *Harvard Law Review*. V.116, N.1, 2002. p.23 [En este texto Barak aborda la cuestión de cuál es el rol del juez en «la guerra contra el terrorismo»]

⁴ Duncan Kennedy controvierte la posibilidad de caracterizar la decisión judicial en abstracto, la posibilidad de hablar de lo que hace «El Juez». Kennedy, D. (1986): *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Universidades de Los Andes y Javeriana, Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999.

⁵ Acerca de esta aclaración ver: Bulygin, E. (1966): «Sentencia judicial y creación de derecho», en Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Madrid, 1991. p.355

guida por los derechos que las personas deseen reclamar y por las reglas procesales y de competencia que delimitan su actuar.

La cuestión consiste en establecer cuándo, cómo y bajo qué parámetros se puede llegar a crear derecho judicialmente. Las respuestas a estos interrogantes, que están estrechamente ligadas a la concepción que se tenga del derecho y del quehacer judicial, se mueven a lo largo de un continuo que se extiende entre dos extremos.⁶ De una parte, aquellos que insisten en que la justicia, en principio, es rutinaria. Resolver los casos jurídicos, para quienes se paran en esta orilla, es visto en general como algo fácil. Las reglas jurídicas son parámetros claros que aseguran respuestas ciertas e iguales para los diferentes actores en la mayoría de procesos. No obstante, quienes se paran en este extremo no son ingenuos, son conscientes de los límites del sistema jurídico. Por ejemplo, saben que el paso del tiempo lleva a que la ley que antes era entendida como justa o adecuada para resolver un asunto ya no lo sea más, en razón a los cambios sociales. Saben que el concepto que antes era útil para resolver un trámite, ahora es engorroso, o que se presentarán casos dramáticos que no fueron previstos por el legislador. Desde esta orilla se sabe que este tipo de casos existe, pero se alega que ellos son excepcionales. No son la regla. Por tanto, no es conveniente inspirar el modelo de resolución judicial en estos casos excepcionales. Si la mayoría de los casos son fáciles, independientemente de las particularidades que le sean propias, una enseñanza generalizada de las formas más complejas de argumentación, por ejemplo, es tanto como exigir a todos los conductores de carros individuales ser capaces de manejar los vehículos más complejos y sofisticados para obtener la licencia. Además, estimular tal aplicación del derecho es tanto como invitar a los jueces a intervenir y modificar la ley, acabando así con la seguridad jurídica. La creación del derecho es, desde esta perspectiva, una función excepcional que ejercen los altos tribunales en casos difíciles.⁷ Esta tesis puede alegar que la evidencia empírica está a su favor, en muchos casos.⁸

⁶ La presentación que se hace de las posibles respuestas es puramente esquemática, no tiene en cuenta las enormes y sutiles diferencias que las distancian.

⁷ El Juez Barak es un ejemplo de esta posición. Para él, en los casos fáciles existe una respuesta, y quien sea juez no tiene elección diferente. A su parecer, este tipo de casos difícilmente llegan a la Corte Suprema de un país. Los casos difíciles requieren mayores y más profundos razonamientos que aseguren el cumplimiento de una política judicial (judicial policy), a partir de la cual se ejerza la discrecionalidad que le corresponde al resolver el caso. (Barak; 2002, p.22)

⁸ Por ejemplo en Colombia, ver: Rodríguez G., César (2001): «La justicia civil y de familia» (Cap. XI) y «La justicia laboral» (Cap. XII), en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (Tomo I). Colciencias, U. de Los Andes (Bogotá), Nacional de Colombia y de Coimbra, ICAN, Siglo del Hombre Editores. Colombia, 2001. (En las jurisdicciones estudiadas, se concluye, es posible predecir el resultado de una parte significativa de los casos que se presentan.) A conclusiones similares han llegado los diversos estudios acerca del desarrollo de la acción de tutela a partir de su creación en 1991.

En la otra orilla se sitúa una corriente crítica. Desde este lado se cuestiona las reglas mismas, que son vistas como «herramientas de batalla» dentro de los conflictos jurídicos; armas que sirven para limitar algunas opciones a los funcionarios judiciales. Esto puede ser, por ejemplo, porque se «comprende» la regla y simplemente se sigue, o porque se elige deliberadamente una lectura de la norma y se «aplica». Desde este punto de vista, la aplicación del derecho es en principio problemática y no cuenta con métodos o procedimientos confiables. Las sentencias son vistas como el ejercicio del poder judicial en todo su sentido. Es al momento de dictar el fallo cuando el juez se enfrenta a su espacio de discrecionalidad, el cual incluye, entre otras cosas, decidir si el problema jurídico a resolver es fácil o difícil. A partir de esta posición, por tanto, el derecho es percibido como una continuación de la política. Las peleas que una vez se dieron en el Congreso y quedaron inconclusas, o que al cabo del tiempo son vistas de forma diferente, son ahora definidas por los jueces en los tribunales, en una constante creación y evolución del derecho.

¿Dónde situarse entre estas dos orillas? Desde una perspectiva pragmática, el problema se enfrenta con relativa simplicidad.⁹ Si se trata de un caso fácil, se debe usar un razonamiento formal, y si es un caso difícil, un razonamiento material, un razonamiento de fondo. Para los primeros casos, se aboga por un «cálculo» formal que permita establecer la respuesta del caso mediante la subsunción. En los casos difíciles la aplicación de las reglas es problemática, supone discusiones acerca de asuntos como cuál es su sentido o su finalidad. Para resolverlos es preciso contar con herramientas retóricas (de producción de discurso) y herramientas hermenéuticas (de apropiación de discurso) que permitan al juez hacerse a las reglas. Ver su sentido dentro del sistema y aprender a construir soluciones con ellas. Esta posición es asumida en la práctica por muchos operadores del sistema jurídico, pues ofrece un marco teórico que permite continuar el ejercicio jurídico del día a día, así no se hayan resuelto los problemas de fundamentación sobre la adjudicación judicial. Es una posición útil para decidir cómo aproximarse a los casos y decidir qué «rol» debe asumir el juez al resolverlos. Por esta razón, el presente texto explora este sendero.

La postura «pragmática» coincide con lo que se llamó «la primera orilla», en la defensa de la doble metodología. Por un lado, para resolver los casos fáciles, argumentaciones sencillas, usualmente formales y en las cuales

⁹ Vandeveld, Kenneth J. (1996): *Thinking like a lawyer*. Westview Press. USA, 1996. (p.134 y ss)

no hay mayor espacio para la «creación». Por el otro lado, argumentaciones complejas para los casos difíciles, en las cuales eventualmente sí hay espacio para la innovación.¹⁰ Visto así, invocar argumentos materiales es ruido innecesario. ¿Si la respuesta mediante un «cálculo formal» es clara, para qué presentar más argumentos? ¿Para qué buscar el espíritu de la norma? En esta lectura, la hermenéutica y la retórica no se requieren para llegar a resolver un caso fácil. De forma similar, los argumentos formales son insuficientes si el caso es difícil. La diferencia es que esta aproximación no considera que se trate de tipos de casos que sean diferentes en *esencia*. Es decir, un caso que es fácil hoy puede ser difícil mañana, o viceversa. Aunque los argumentos centrados en la forma son útiles para resolver los casos fáciles, en los que aparentemente basta «calcular» el resultado, los argumentos sustantivos también pueden servir para resolverlos. Aquí radica la diferencia. Mientras que para el extremo de la primera orilla los argumentos formales son «el camino» para arribar a la solución de la mayoría de casos, una posición pragmática aboga porque una argumentación formal es «un buen camino» a seguir para resolver un caso fácil; quizá el mejor, pero no el único.

El presente texto defiende esta posición. Cuando una comunidad jurídica acepta, de forma generalizada, que un caso se resuelve básica o exclusivamente con una argumentación «formal», no implica que el asunto carezca de una dimensión valorativa.¹¹ No existe una diferencia tal entre un caso considerado fácil y uno considerado difícil, que demanden ser resueltos mediante «metodologías de análisis» completamente diferentes. Las consideraciones políticas y valorativas que llevaron al legislador a optar por fijar un conjunto de normas u otro viven en todos y cada uno de los casos en los que tales

¹⁰ La creación judicial no se da únicamente al momento de decir, específicamente, cómo se resuelve el caso. Es más, para autores como Eugenio Bulygin es cuando menos ocurre; para él son las consideraciones de la sentencia (la motivación del fallo) el momento en que se puede generar mayor impacto en el sistema jurídico, pues es posible definir un concepto jurídico, el alcance de una regla o el criterio que debe usarse para interpretar un texto jurídico, por ejemplo. (Bulygin; 1966)

¹¹ En palabras del Juez Oliver Wendell Holmes: «La preparación de los abogados es preparación en Lógica. (...) El lenguaje de las sentencias judiciales es, sobre todo, el lenguaje de la Lógica. Y la forma y el método de la Lógica satisfacen esa ansia de certidumbre y de reposo que alberga toda alma humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativos de fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso.» Holmes, Oliver Wendell (1897): *La senda del derecho (The path of the law)*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1975.

disposiciones se apliquen.¹² Es precisamente en el contexto de los procesos judiciales en donde, principalmente, las normas se aplicarán y «generarán consecuencias» jurídicas. Así pues, el costo político, en términos de ejercicio de poder, no sólo lo asumen los congresistas al optar por una opción legislativa y expedir una serie de normas en un determinado sentido, también lo asumen los jueces al aplicarlas «en su tenor literal».¹³ En el estrado judicial suele renacer la controversia política que se dio en el Parlamento acerca de cuál debía ser la regla aplicable a un determinado caso, poniendo al juez, con sus restringidos y limitados poderes, en el centro del debate político.¹⁴

Abrir el espacio para la discusión de aspectos más allá de lo formal, es parte del debate judicial. El profesor Diego López, por ejemplo, muestra cómo el formalismo, bajo el ropaje de positivismo jurídico, sirvió para aislar al sistema judicial colombiano de sinnúmero de discusiones políticas, con lo bueno y malo que ello supuso.¹⁵ Actualmente esta situación ha cambiado, pues mediante normas positivas que hacen parte de los sistemas legales de los estados contemporáneos, se institucionalizaron buena parte de los conflictos sociales del siglo XX que no se resolvieron.¹⁶

¹² «Fritz von Hippel propuso en 1930 una nueva ordenación del Derecho privado (...). Para simplificar la exposición de su pensamiento, el autor se instala en la posición del legislador y comienza constatando que, dónde, cuándo y cómo sea, todo ordenamiento jurídico tiene que hacerse con la pretensión de ser justo. El legislador tiene, pues, que preguntarse si su elección de ordenamiento se ajusta a esta pretensión. Las posibilidades de ordenamiento que no se ajusten a ella han de ser rechazadas. Las demás quedan sometidas a elección. La cual ha de efectuarse en una conexión total con la realidad y, por ello, es siempre una tarea histórica. (...) Como consecuencia: 'podemos ordenar, comparar y concebir la masa de conocimientos de derecho privado como una serie de respuestas históricas a determinadas preguntas permanentes sobre un determinado conjunto de problemas, y juzgar dentro de este marco su estricta legalidad y exactitud'» (Viehweg; 1963, p.142)

¹³ Durante el Gobierno de Ernesto Samper Pizano (1994-1998), el poder Ejecutivo solicitó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que autorizara extraditar a nacionales colombianos por nacimiento solicitados por el Gobierno de Estados Unidos, a pesar de que la Constitución Política de 1991 lo prohibía expresa-mente. Luego de que se difundiera la noticia de que «la Corte Suprema no había autorizado la extradición solicitada por el Gobierno», la Sala Penal de la Corte se pronunció públicamente para pedirle al Presidente que no solicitara extraditar colombianos por nacimiento pues el constituyente decidió, expresamente, que no era posible hacerlo.

¹⁴ Kelsen, en la década de los sesenta, señala que la solución de un caso no es una *deducción* que se siga de las normas aplicables y los hechos del mismo, es la *decisión* que adopte una autoridad judicial, con base en aquéllas y éstos. [Ver: Kelsen, Hans (1965): *Normas jurídicas y análisis lógico*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1988.]

¹⁵ Al respecto ver: López, Diego (2004): *Teoría impura del derecho*. Editorial Legis. Bogotá, 2004.

¹⁶ de Sousa Santos, Boaventura (2001): «Derecho y democracia: la reforma global de la justicia» (Cap. III) en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (Tomo I). Colciencias, U. de Los Andes (Bogotá), Nacional de Colombia y de Coimbra, ICAN, Siglo del Hombre Editores. Colombia, 2001. (Uno de los asuntos al que hace referencia el texto es el proceso de judicialización de la política)

La insuficiencia de la forma

Podría objetarse que la posición expuesta es contra evidente, pues como se dijo, buena parte de la administración de justicia resuelve casos fáciles, de resultados predecibles. Piénsese, por ejemplo, que al juez se le solicita dictar un mandamiento de pago con base en títulos ejecutivos ciertos; ordenar a una entidad responder una petición que le presentó un ciudadano hace más de 30 días hábiles y no ha sido atendida; u ordenar la entrega de una medicina de la cual depende la vida de un niño cuya familia carece de recursos para comprarla. En cualquiera de los tres casos la respuesta es fácil: en el primero debe librarse mandamiento de pago, en el segundo, ordenar a la administración responderle a la persona y en el tercero, garantizarle al niño el acceso a la droga que requiere. Hay jueces que en uso de su «independencia» fallan como a bien tengan, pero se trata de casos marginales que suelen ser calificados de «incorrectos» por la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica, salvo especificidades propias del caso que justifiquen cambiar la respuesta *tipo*.

La prueba de fuego para la «facilidad de un caso es que exista un «formato de la decisión», una plantilla, una «minuta». Cuando un caso se soluciona con un razonamiento que es «como un cálculo», los despachos judiciales pueden limitarse a usar un *formato*, un *modelo* de sentencia con espacios en blanco para ser llenados con los nombres particulares de los protagonistas de cada conflicto.¹⁷ Teniendo en cuenta esto, *¿cómo puede afirmarse que siempre lo político y lo valorativo del derecho está presente en la resolución de los casos?* Si bien algunos problemas jurídicos que enfrentan las altas Cortes suponen debates profundos de teoría política, en los casos fáciles, podría alegarse, esto no ocurre. Ahí tan sólo se requiere un silogismo; subsumir los hechos en las categorías jurídicas aplicables y derivar las consecuencias pertinentes. En estos casos fáciles, podría objetarse, la forma es suficiente, no se requiere ir al fondo. No hay *necesidad* de presentar argumentos adicionales a los puramente formales.

¹⁷ En algunos juzgados del país, buena parte de los casos en los que se reclama por medio de tutela la defensa del derecho de petición, se resuelven según la siguiente «fórmula»: *El día __X__, la persona __A__ presentó una petición a __B__. Teniendo en cuenta que la administración cuenta con 15 días hábiles para responder la petición y que desde el día __X__ hasta hoy han transcurrido __ (15 + n) __ días sin que se le dé respuesta, se ordenará a __B__ responder a __A__ en el término de 48 horas.* Los despachos con buenos recursos informáticos sólo tienen que «pegar y copiar» (copy paste), los que aún tienen máquinas de escribir, o pocos cartuchos de computador, usan fotocopias o copias al papel carbón. Para librar mandamientos de pago en procesos ejecutivos los juzgados suelen tener formatos similares.

Puede ser que en casos de este estilo, los argumentos formales sean necesarios y suficientes para sustentar la decisión que se adopte. Pero ello no es así porque los asuntos materiales y sustantivos no tengan cabida, la razón es que no se requiere abordarlos. Cuando una comunidad jurídica acepta, de manera generalizada, que bastan argumentos «formales» para resolver un problema jurídico es porque no hay controversia en relación con los asuntos de carácter valorativo, o por lo menos, no de tal entidad que lleve a cambiar la manera como la práctica soluciona el caso. Los motivos para que esto ocurra son múltiples; por ejemplo: que las partes afectadas con la «solución tipo», o los jueces, no puedan construir un argumento jurídico capaz de desestabilizarla; que los jueces estén de acuerdo con las consecuencias prácticas de la «solución tipo»; o que los jueces no estén de acuerdo con la solución, pero consideren que es tan precisa y reciente que les sea «imposible» contrariarla en su condición de juez.

La escuela de la exégesis postuló la regla según la cual no hay que interpretar textos que sean «claros». Esta norma, recogida por nuestro ordenamiento en el artículo 27 del Código Civil,¹⁸ postula una metodología para los casos regidos por normas «claras» y otro para las normas que no lo sean (la interpretación). El jurista belga Chäim Perelman plantea el siguiente interrogante a esta postura: *¿cuándo se dirá de un texto que es claro?* A lo cual responde,

(...) es posible que en algunos litigios la interpretación de tal o cual texto no sea objeto de ninguna controversia. Este estado de cosas permite todo lo más constatar que las diferentes interpretaciones de este texto no presenten ningún interés especial para las partes, porque no obtienen ninguna ventaja de ninguna de ellas. Concretamente, cuando se trata de un texto redactado en una lengua ordinaria, decir que el texto es claro es subrayar el hecho de que en el caso concreto no ha sido discutido. En lugar de sacar de la claridad de un texto la consecuencia de que no es posible, razonablemente, no estar de acuerdo sobre su significado o su alcance, es más bien lo contrario lo que podemos afirmar: como no es objeto de interpretaciones divergentes y razonables, se le considera claro.¹⁹

Aun si un sistema jurídico cuenta con normas que determinan de forma precisa las consecuencias jurídicas de cada acto que sea su objeto regular, no se ha resuelto el problema. Los casos usualmente están regidos por múltiples normas

¹⁸ Código Civil, artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. || Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

¹⁹ Perelman, Chäim (1976): *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Editorial Civitas. Madrid, 1988. (p.54)

positivas, no sólo por una; de hecho, las normas son tan sólo uno de los conjuntos de referentes jurídicos relevantes para estudiarlos. Pero además de esta labor de armonización, el juez debe atender una cuestión ineludible que le plantea todo proceso judicial: ¿qué va a decidir, concretamente, en el caso que estudia? ¿Qué decisión y qué orden va a impartir?²⁰

La razón por la cual hoy bastan argumentos formales para resolver la mayoría de acciones de tutela por derechos de petición, como la mencionada anteriormente, no es porque no haya argumentos materiales y de fondo que sustenten dicha posición, es porque éstos están implícitos. En efecto, en 1993 la solución del caso no era fácil; competían dos respuestas posibles en la comunidad jurídica. Por un lado, el Consejo de Estado alegaba que si la administración no respondía dentro de los 15 días siguientes a que la petición se hubiese formulado, no se configuraba una violación al derecho de petición. Para el Consejo, la figura jurídica del «silencio administrativo negativo» –excepcionalmente positivo– resolvía la cuestión. Si la administración no respondía una solicitud al cabo del tiempo estipulado legalmente, la persona podía «suponer» que se le había respondido negativamente para así poder controvertir la respuesta ante los jueces. De otro lado, la Corte Constitucional alegaba que cuando el Código Contencioso Administrativo ordena a la Administración responder en el término de 15 días las peticiones que se le presenten, delimita el ámbito de protección de un derecho constitucional. Por lo tanto, si transcurrido ese lapso no se ha respondido la solicitud, se viola un derecho fundamental y es deber del juez de tutela reparar la situación ordenando que se responda. Para la Corte, el silencio administrativo negativo es tan sólo una tabla de salvación que ofrece el legislador a las personas, para que puedan acudir a los jueces y defenderse de una Administración excesivamente morosa. Hoy la respuesta de la Corte Constitucional es «clara», es la «correcta». Representa, en términos generales, un tema pacífico, sobre el cual hay acuerdo. Es decir, se ha «abonado el terreno» de tal manera, que los jueces pueden resolver la mayoría de casos de petición usando argumentos puramente «formales». Los argumen-

²⁰ «(...) la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora. Esta cuestión, a menos que puedan cambiarse las cosas, en la jurisprudencia es ineludible. Si no se diese esta eterna cuestión acerca de la justa composición de intereses y de la rectitud humana, faltaría el presupuesto de una jurisprudencia en sentido propio. (...) || 1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquier otra es preciso evitarla.» (Viehweg; 1963, p.141). Sobre el uso contextualizado de las decisiones judiciales en Colombia ver: López, Diego (2000): El derecho de los jueces. Editorial Legis – Universidad de Los Andes. Bogotá, 2000.

tos de fondo que respaldan la postura de la Corte Constitucional, por tanto, sí existen y son necesarios para fundamentar su solución; cosa diferente es que no se requiera hacerlos explícitos.

No obstante, como se dijo anteriormente, en buena parte de los casos que se resuelven en derecho basta presentar un argumento formal para que la decisión se entienda sustentada correctamente. En modo alguno lo dicho hasta ahora puede ser tomado como una crítica a esta situación; por el contrario, es bueno y deseable que así sea. El que un caso sea considerado «fácil» en un sistema jurídico (*v. gr.* protección constitucional de la violación del derecho al debido proceso, ejemplo antes expuesto) puede considerarse jurídicamente valioso por razones diferentes a creer que se trata de la «respuesta correcta que se sigue como consecuencia» de aplicar las reglas que gobiernan el caso. Un caso «fácil», por ejemplo, garantiza la protección de los intereses jurídicos tutelados envueltos, impide reabrir fácilmente el debate valorativo, simplifica el trabajo judicial, permite enviar un mensaje claro a la sociedad y permite a los ciudadanos predecir con mayor certeza las consecuencias jurídicas de sus actos. Aporta coherencia y consistencia al sistema.

El consejo de Carrió

Entre 1972 y 1976, el jurista argentino Genaro Carrió dictó una serie de conferencias en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, de donde surgió un breve escrito titulado *cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Dentro de los consejos que da a los jóvenes abogados, presenta el siguiente,

172

No usar argumentos puramente formales o que impliquen un manifiesto sacrificio de valores sustantivos a cuestiones adjetivas o rituales. No ser artificiosos ni parecerlo. No abusar de recursos argumentales de tipo estrictamente técnico para conservar ventajas o pretender nuevos beneficios.

La tendencia de la evolución del derecho, particularmente en la regulación de las relaciones patrimoniales, se orienta hacia el rechazo de los abusos formales. Basta con recordar el auge creciente de la llamada teoría de la penetración del velo de la personalidad jurídica o la firmeza que, a partir del famoso caso Colalillo (*Fallos*, 238:550), ha ido adquiriendo la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de arbitrariedad por excesos rituales.²¹

²¹ Carrió, Genaro (1987): *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991.

El consejo es sencillo: no usar únicamente argumentos formales, en especial si se va a reclamar una ventaja o pretender nuevos beneficios. Carrió recomendó no «abusar» de la «forma». La pregunta que surge es por qué no basta la formalidad. ¿Acaso nunca es «claro» el derecho en estos casos? ¿Las ventajas siempre se encuentran contenidas en normas ambiguas que requieren un trabajo interpretativo y argumentativo complejo? Por supuesto, Carrió no afirma que sea *necesario* presentar argumentos sustanciales para que el privilegio sea respetado. Es perfectamente posible que un proceso sea ganado desatendiendo este consejo. Sin embargo, se trata de una recomendación de un *viejo zorro* del derecho que sería necio no tener en cuenta.

El meollo del asunto es no sacrificar, de forma manifiesta, valores sustantivos por cuestiones adjetivas o rituales. Es decir, si la mera «forma» deja de ser garante de los valores que protege la ley, es porque dejó de cumplir su función. Los recursos argumentativos formales tienen peso en cuanto vayan de la mano de las razones de fondo que inspiran a la ley, así estas últimas no se hagan explícitas. Por eso el consejo de Carrió. Si un privilegio se defiende sólo con base en lo formal, se corre el riesgo de no contar con argumentos a favor si las dimensiones valorativas del caso se hacen explícitas en el debate.

Podría objetarse que este camino es peligroso porque abre las puertas hacia algún tipo de intuicionismo o subjetivismo en el que lo determinante no es «el derecho», sino la noción particular de justicia que tenga el juez. Sin entrar a responder a fondo esta cuestión, puede decirse que el límite a la formalidad que postula Carrió no es la «justicia», sino los valores sustantivos. Por ejemplo, si en un proceso de carácter financiero, mediante una impecable argumentación puramente formal, un juez llega a una solución que afecta de manera grave el diseño técnico de un mecanismo de inversión, se considerará afectado un valor sustantivo, independientemente de si la solución es «justa».

Otra objeción posible es que lo dicho no es aplicable a todas las normas. Las procesales por ejemplo, se diría, pueden considerarse ejemplos de disposiciones que no contemplan debates valorativos fuertes. En la medida que no son reglas que establecen cuáles son los derechos y deberes sustanciales de las personas, podría alegarse que se trata de reglas que tan sólo señalan la forma de hacer las cosas; si el término judicial vence a las cinco de la tarde o a las seis, es tan sólo un asunto de trámite, bien puede elegir el legislador una u otra opción sin suscitar mayores debates políticos, ni en el Congreso, ni en los estrados judiciales. Es un mero asunto técnico, se sostendría. No obstante, pese a ser cierto que la aplicación de reglas procesales es terreno fértil de «casos fáciles», no por ello deja de ser también campo fértil de batallas valorativas.

No se trata de un tema inexplorado, ni una idea nueva. Es un asunto clásico del derecho que hoy sigue teniendo defensores: la diferencia entre el derecho «sustantivo» (material) y el derecho «adjetivo» (procesal) no es tajante; el procedimiento no es un conjunto de reglas técnicas, objetivas y de «mero trámite», cuyo cometido es encausar los debates jurídicos de «fondo». Supone opciones políticas, valorativas, que reflejan concepciones de lo jurídico y de lo que se considera justo.²² En este sentido, en el *Tratado de las pruebas judiciales* de Jeremías Bentham y Esteban Dumont –obra considerada por algunos como fundadora del derecho probatorio– se considera que una «regla falsa en materia de procedimientos» es aquella que se dirige «(...) a poner en contradicción la decisión del juez y la ley; la que arrastra al juez a pronunciar contra su persuasión íntima, a sacrificar lo esencial a la forma, a juzgar como jurisperito de otro distinto modo que lo hubiera hecho como simple hombre. (...)»²³

Con el fin de mostrar lo dicho hasta ahora, presentaré dos casos en los que los argumentos formales, en principio, parecerían bastar para llegar a una decisión. En la discusión de ambos es clara la fuerza de los argumentos formales y la relevancia de las dimensiones valorativas. No obstante, mientras en el primero el argumento formal se impone sobre el deseo de reabrir el debate, en el segundo, las valoraciones «de fondo» son las que se imponen y se resisten a ser ocultadas tras un argumento formal.

²² Muchos son los autores que han desarrollado esta idea. Un ejemplo reciente es el trabajo de Martha Minow acerca de este tema, en el que sostiene: «(...) the procedure and substance cannot be separated because each embrace competing purposes and values; each of these values are subject to contested interpretation in individual circumstances. No norms used in a living legal system are static; all are sufficiently general to permit multiple interpretations (...). Procedural rules reflect political choices and invite contests over interpretation just as do any other kind of rule. Procedural rules (...) combine the just and the arbitrary; procedural law is filled with arguments people use to express disagreements and to settle disputes. Those arguments drawn upon conflicting visions of society, the meanings of justice, what can and cannot be sacrificed, and everything else people argue about. People fight as intensely about the content and application of rules about procedure as they do about the norms of property, torts, criminal law, and constitutional law.» Minow, Martha (1998): *Politics and procedure*, en *The Politics of Law*. Basic Books. USA, 1998. p.92.

²³ El Tratado aclara: «No debe inferirse por estas observaciones que sea preciso abolir todas las formas, o que el juez no tenga más reglas que su voluntad; lo que se quiere decir es, que es preciso desterrar todas las formas, todas las reglas que ponen al juez en la necesidad de dar un fallo contra su propia convicción, y que hacen la ley del procedimiento enemiga de la ley sustantiva. (...)» Bentham, J., Dumont, E. (1823): *Tratado de las pruebas judiciales*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2000. (Luego de recopilar amplio material sobre el tema, Bentham publicó este sumario con la ayuda de su discípulo Dumont; la versión citada es una reimpression de la primera traducción a lengua española, hecha en Madrid en 1835). Al respecto puede verse también la obra de Francesco Carnelutti.

Primer caso: el candidato golpista

En junio de 2003, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala negó un recurso de amparo presentado por el General Efraín Ríos Montt contra el Tribunal Supremo Electoral, por haberse negado éste a inscribir su candidatura a la Presidencia de la República. La decisión del Tribunal Electoral, avalada por la Corte Suprema Guatemalteca, tuvo dos fundamentos. Por una parte, el hecho de que el General había participado en un golpe de Estado que lo mantuvo en el poder entre 1982 y 1983; por otra, la prohibición que se fija a los golpistas para optar al cargo de Presidente en el artículo 186 de la Constitución de Guatemala.²⁴ En términos de silogismo jurídico,

El caudillo y los jefes de un golpe de Estado, así como quien haya asumido la Jefatura de Gobierno como consecuencia de tales hechos, no puede optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República.

Efraín Ríos Montt asumió la Jefatura de Gobierno en 1982 como consecuencia de un golpe de Estado.

ergo

Efraín Ríos Montt no puede optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República.

Esta determinación corroboraba decisiones judiciales que en el pasado se habían tomado. En 1990 y 1995 el General Ríos Montt también había tratado de inscribirse como candidato presidencial por el partido Frente Republicano Guatemalteco (FRG). En las dos ocasiones se le negó tal posibilidad y en ambas presentó un recurso de amparo que fue resuelto negativamente por la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia, y por la Corte de Constitucionalidad, en segunda instancia. En 1990, en 1995 y ahora en 2003 la solución al problema planteado por el General era clara y distinta, bastaba con hacer un pequeño «cálculo» para darse cuenta que el general no podía ser inscrito como candidato, por el hecho de haber llegado a la jefatura del estado como consecuencia de un golpe de estado.

²⁴ Constitución de Guatemala, artículo 186.- *Prohibiciones para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República.* No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República: (a) El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno. (...)

No obstante, el 14 de julio de 2003, contra todos los pronósticos, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala decidió conceder el recurso de amparo, revocar la decisión de la Corte Suprema de Justicia y ordenar al Tribunal Supremo Electoral la candidatura de Ríos Montt. En una apretada decisión de 4 votos contra 3, la mayoría de la Sala concedió la razón a los alegatos presentados por el pretendido candidato. El General Ríos Montt alegó a su favor que el golpe de estado que lo llevó al poder tuvo lugar tres años antes de que se promulgara la Constitución con la prohibición del artículo 186. A su juicio, no era legítimo que se le impidiera participar en las elecciones por haber realizado un acto que en su momento no acarrearía tal consecuencia. Eso no sólo afectaba sus derechos políticos, sino los de los demás miembros del FRG y, en general, los derechos de todos los *eferregistas*. La prohibición debe entenderse, pues, referida para aquellos que lleguen al poder como consecuencia de un atentado contra la Constitución vigente.

El alegato del General respecto a la posibilidad de sancionar a quienes participaron en algún golpe de estado con anterioridad a la Constitución vigente en Guatemala, se entiende si se tiene en cuenta los sucesos que ocurrieron por aquella época. En 1970 Ríos Montt se presentó a las elecciones presidenciales y quedó en segundo lugar. Con una diferencia de 70.000 votos respecto al candidato ganador (el General Kjell Eugenio Laugerud); en el ambiente quedó la sensación de que había tenido lugar un fraude, y que por eso Ríos Montt había perdido. El General permaneció como diplomático en Madrid hasta 1977, año en que regresó a Guatemala. Al año siguiente, en 1978, el General Fernando Romero Lucas García dio un golpe de estado y asumió el poder. En 1982 el General Horacio Egberto García y el Coronel Francisco Luis Gordillo Martínez derrocaron al General Lucas García del poder y, según se dice, buscaron a Ríos Montt para pedirle que asumiera la presidencia de la Junta Militar de Gobierno. Se formó un triunvirato gobernante hasta el 9 de junio, fecha en que renuncian los otros dos militares, dejando a Efraín Ríos Montt como Presidente.

En este punto de la narración es probable que muchos vean cierta razón en los argumentos del General. Teniendo en cuenta las condiciones de inestabilidad institucional existentes en Guatemala, ¿cómo se podía exigir al General Ríos Montt el respeto por las autoridades? ¿Cómo condenar a alguien que desconoció a un gobierno de facto, no uno democrático, luego de haber intentado llegar al poder por la vía democrática y haber sido derrotado, al parecer, por un fraude en las elecciones? Resaltar las dimensiones valorativas del caso o los problemas que suscita la aplicación de las reglas, son dos de las múltiples estrategias que pueden intentarse para desestabilizar la certeza que se tiene en torno a la solución de un caso considerado «fácil» y presentarlo como difícil.

Sin embargo, en la comunidad jurídica guatemalteca en general el asunto es absolutamente claro; el caso es «fácil». Se considera que el argumento formal basta para sustentar la decisión. Cualquier argumento material o de fondo se considera, hoy por hoy, una mera estrategia *leguleya* para evadir la prohibición del artículo 186 de la Constitución. En especial si se tiene en cuenta que para adoptar una decisión como ésta (revisar un fallo de la Corte Suprema de Justicia), la Corte de Constitucionalidad debía sesionar, no con los 5 magistrados titulares, sino con 7, y que en este caso los dos magistrados adicionales eran simpatizantes del General Ríos Montt.²⁵ La prensa no dejó de calificar la decisión de la Corte de Constitucionalidad como un «golpe de estado técnico». Nadie en Guatemala olvida los cruentos hechos que ocurrieron bajo la dictadura de Ríos Montt, en especial el genocidio cometido contra la población indígena Maya, que ha llevado a la premio Nobel de Paz, Rigoberta Menchú, a adelantar una batalla jurídica en contra del General para que no reine la impunidad.²⁶ En 1999 la premio Nobel acusó a Ríos Montt ante el juez Baltasar Garzón en la Audiencia Nacional de España. Guatemala no accedió a la solicitud de enviarlo, porque se aseguró que el General podía ser juzgado en su propio país. Efraín Ríos Montt fue llamado a juicio la segunda semana de marzo.²⁷

Segundo caso: la pensión negada

El señor Florentino Enrique Méndez Espinoza solicitó al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá que condenara al Banco Popular a pagarle la pensión vitalicia, con la debida indexación de la primera mesada. El Juzgado le halló la razón y condenó al Banco, quien apeló la decisión por intermedio de su apoderado ante el Tribunal (febrero 10 de 1999). La Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, apartándose de las reglas aplicables al caso, decidió revocar la decisión adoptada por el Juez de instancia y le negó la pensión (abril 28 de 1999). El asunto finalmente llegó a la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, mediante el recurso extraordinario de casación.

177

²⁵ Los dos conjuces elegidos eran cercanos al FRG. Mario Ruiz Wong, Ministro de Gobierno y asesor de seguridad de Alfonso Portillo, y Francisco Palomo Tejada, abogado de Ríos Montt y de 24 diputados del FRG, acusados de haber cambiado fraudulentamente el texto de una ley aprobada por el Congreso.

²⁶ Con respecto a lo ocurrido en Guatemala ver, entre otros documentos, el informe de la Comisión del Esclarecimiento Histórico (CEH). *Guatemala Memoria del silencio*. Con respecto al proceso posterior, ver entre otros: Reales, C. H.; Bejarano, A. M. (2001): *Políticas después de la guerra: la reincorporación de grupos guerrilleros en América Latina y su impacto en la consolidación de una oposición democrática libre*. ED, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas (CIJUS) de la Universidad de Los Andes. (La investigación compara los casos de Venezuela, El Salvador, Guatemala y Colombia).

²⁷ Fecha en que se leyó la presente conferencia.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema,²⁸ luego de revisar el caso, resolvió dejar en firme (*no casar*) la sentencia del Tribunal. Indicó que el recurso de casación tiene estrictos requisitos de procedibilidad. Cuando no se cumplen se llega a una sola conclusión posible, 'debe negarse la procedencia del recurso'.²⁹ La Corte Suprema consideró que el recurso de casación presentado por el demandante en este caso, no indicó con precisión qué demostraba la prueba que supuestamente estimó de forma equivocada el Tribunal Superior de Bogotá, ni el mérito que le reconoce la ley. Así pues el razonamiento es simple,

Si un recurso de casación no cumple con los estrictos y técnicos requisitos fijados en la ley, es inadmisibles

El recurso de casación presentado por Florentino Enrique Méndez Espinoza no cumple con los estrictos y técnicos requisitos fijados en la ley

ergo

El recurso de casación presentado por Florentino Enrique Méndez Espinoza es inadmisibles³⁰

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 18 de octubre de 2000 (M.P. Luis Gonzalo Toro Correa; Rad. N° 13396)

²⁹ El recurso presentó cinco cargos, aquí sólo se hace referencia a uno de ellos.

³⁰ Dice la sentencia: «En este como en los anteriores cargos, la censura nuevamente incurre en defectos de orden técnico que impiden su análisis. || En primer lugar, no expresa el supuesto error o los varios que pudo haber cometido el Tribunal y que lo llevaron a quebrantar la ley sustancial, porque si han de tenerse como tales los que enuncia por «haber revocado la sentencia del a quo», que «condujo a la revocatoria del pago de la pensión jubilatoria y el de la indexación de la primera mesada», debe decirse que éstos no son propiamente desatinos de orden fáctico, sino la decisión final de la segunda instancia. || Aquí también como en el primer cargo no se ocupa de demostrar la incidencia que pudo haber tenido en el fallador el examen equivocado o la falta de apreciación de las pruebas que enlista, y que lo llevaron a cometer algún error evidente de hecho. || No puede aceptarse, como lo sugiere el recurrente, que se tengan como sustento de su demostración las consideraciones hechas por el a quo, dado que cuando se orienta a cargo por la vía indirecta, como en este caso, es su obligación, se repite, indicar con precisión, frente a la prueba que denuncia como equivocadamente estimada y dejada de estimar, qué es lo que ella demuestra y el mérito que le reconoce la ley, producto de cuyo cotejo surge el error manifiesto endilgado. De este modo, la Corte pudiera eventualmente llegar a concluir que el cargo era eficaz, pero jamás, en la forma como se planteó en este caso, puede arribarse al mismo resultado. || Por último debe precisársele a la parte impugnante que este recurso

Sin embargo, a pesar de ser esta la decisión, la Sala Laboral consideró que el demandante sí tenía la razón. A juicio de la Corte Suprema, el demandante sí tenía derecho a recibir su pensión, tal y como lo había decidido el juez de instancia. Dijo al respecto,

«(...) el cargo es inadmisibile.

No obstante que por razones de técnica la acusación no tuvo éxito, la Corte hace la corrección doctrinaria al Tribunal, en la medida en que debió consi-derar (...) [las normas pertinentes] (...) de donde resultaba [el recurrente] beneficiario de la pensión de jubilación (...)»

La forma resulta insuficiente. El sacrificar la pensión de una persona a quien se le había negado arbitrariamente, en defensa de las estrictas reglas de la procedibilidad del recurso de casación, no parece razonable. La claridad del argu-mento formal pierde su carácter de garantía de justicia y pasa a ser visto como un obstáculo para alcanzarla. Se trata pues, del trágico caso en que la decisión a la que conducen las reglas puede ser objetada, por razones materiales, fundadas en referentes jurídicos relevantes.

El señor Méndez Espinoza interpuso una acción de tutela en contra de la sentencia de la Sala Laboral por considerar que había violado flagrantemente el artículo 228 según el cual en las actuaciones de la administración de justicia «prevalecerá el derecho sustancial». El 5 de marzo de 2001 el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, en primera instancia, negó la tutela contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia por considerar que no había desconocido derecho fundamental alguno del señor Méndez. No obstante, señaló que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá sí había incurrido en una ‘vía de hecho’ al revocarle su derecho a la pensión, por lo que tuteló sus derechos y dejó sin efectos el fallo del Tribunal. La decisión fue impugnada por los Magistrados del Tribunal Superior ante el Consejo Superior de la Judicatura, despacho que revocó el 24 de julio la decisión del Consejo Seccional. El Consejo Superior consideró que la Sala de Casación Laboral de la Corte Supre-ma sí había desco-nocido los derechos fundamentales al «acceso a la justicia, el debido proceso y la igualdad» del señor Méndez, por lo que ordenó a la Corte Suprema resolver nuevamente el recurso de casación. El caso fue seleccionado para revisión por la

por su carácter de extraordinario debe ceñirse a los parámetros que contiene el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, sin extenderse en consideraciones jurídicas como en los alegatos de instancia, tal como lo prevé el artículo 91**ídem**. || *En consecuencia*, el cargo es inadmisibile.» (acento fuera del texto original)

Corte Constitucional, tribunal que confirmó la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura.³¹

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, alegó que no compartía la posición de la Corte Constitucional, según la cual la Sala Laboral había incurrido en una vía de hecho *por exceso ritual manifiesto*, «(...) todo porque en desarrollo de las claras directrices orientadoras del citado recurso, encontró que la demanda de casación interpuesta por el abogado de Méndez Espinoza no cumplía los requisitos que la técnica del recurso extraordinario exige.» La Corte Suprema señaló que si «(...) la casación es por esencia juicio al Tribunal, ella misma es autosuficiente para preservar los derechos fundamentales que en su ámbito puedan resultar implicados (...)» La Corte Suprema resolvió: «en defensa de la Constitución Política y de la ley, mantener la sentencia que se le había ordenado modificar». Este caso, junto a otros, motivaron fuertes declaraciones públicas de la Corte Suprema de Justicia en contra de la Corte Constitucional (marzo, 2004).³²

Con independencia respecto a cuál sea la posición que se asuma en el caso específico, lo cierto es que la posición defendida en la sentencia de casación por la Corte Suprema de Justicia, con base en un argumento puramente formal, es a todas luces insuficiente. La conclusión a la que se llega no es absurda y, sin

³¹La Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, decidió que: «[s]i en el desarrollo de su labor como Tribunal de Casación, la Corte Suprema evidencia, de los cargos formulados por el recurrente –así estos carezcan de la técnica respectiva– o derivado del análisis de los mismos, una vulneración de derechos fundamentales, es su deber, en virtud de la reconocida eficacia de la casación para la protección de derechos fundamentales, hacer efectivo el amparo de tales derechos en la sentencia de casación.» Sentencia T-1306 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). El Magistrado (E) Rodrigo Uprimny Yepes aclaró el voto y señaló que «(...) la vía de hecho de la Sala de Casación Laboral no proviene de una actuación caprichosa de esa alta Corporación. La vía de hecho se configura en el presente caso exclusivamente de un entendimiento distinto de la naturaleza de la casación entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional. (...)»

³²Luego de la decisión adoptada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el señor Méndez inició un proceso de desacato en su contra. El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, como juez encargado de hacer cumplir la decisión de tutela, insistió a la Corte Suprema que atendiera lo resuelto en la sentencia de la Corte Constitucional. La Corte Suprema respondió que ya lo había hecho. El Consejo Seccional, en consecuencia, resolvió remitir el asunto del desacato a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y, para garantizar el cumplimiento del fallo de la Corte Constitucional, declaró vigente el fallo del Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, en el que inicialmente se reconoció al señor Méndez su pensión. Esta decisión fue confirmada, finalmente, por la Sala Plena de la Corte constitucional en fallo de unificación (Sentencia SU-1158 de 2003; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

duda, puede ser reafirmada y defendida. Pero dicha tarea requiere presentar argumentos materiales que atiendan la cuestión de fondo y muestren por qué es valioso mantener la consecuencia que se sigue de la argumentación formal, así esto conlleve desconocer el derecho a la pensión de una persona.³³ No son pocas las veces que en la historia se ha defendido el asumir consecuencias aparentemente injustas, por respetar las leyes.³⁴

Comentarios finales

El sueño de un sistema jurídico estable y perfecto, que permita predecir las posibles consecuencias jurídicas de sus actos a todas las personas, ha quedado abandonado junto a otras quimeras. Pero en modo alguno ello implica que la seguridad jurídica o la coherencia judicial hayan dejado de ser valores importantes. Los argumentos de carácter formal ayudan a simplificar la labor judicial y a unificar los resultados que ésta arroja. Reducen la discrecionalidad y arbitrariedad judicial. Ayudan a evitar que los funcionarios judiciales entren en cuestiones de gran envergadura cuando ello no se requiere para el caso, o simplemente no es dable hacerlo. Los argumentos formales anuncian un acuerdo valorativo implícito que prefiere presentar el asunto como si fuese un «cálculo» y no abrir el debate a cuestiones de fondo.

Así, no se trata de abogar porque se abandonen las argumentaciones de tipo formal. El asunto es no asumirlas como legítimas o suficientes para resolver un caso, por considerarlas «el camino que lleva a la consecuencia necesi-

³³ Julio César Carrillo Guarín, comentando esta cuestión, pone de presente la materialidad del debate: «¿Invita la Corte constitucional a la anarquía procesal por cuenta de lo fundamental? ¿Invita la Corte Suprema de Justicia a olvidar lo fundamental privilegiando la técnica en cuanto técnica? Urge, en consecuencia, hacer algo. Me imagino que todos presurosos abogemos por una ley que prevenga los riesgos del absurdo que está latente (...). || (...) considero que más allá de mil leyes, lo que necesitan nuestros sabios juristas de las altas cortes es, perdónenme la sugerencia, recuperar el sentido de la común humanidad y (...) enseñarnos cómo sin ley que obligue, es posible tejer sueños, esperanzas, bondades interiores, criterios ricamente diversos, en los que se materialice la razonabilidad pragmática de un Estado social de derecho.» (acento fuera del texto original) Carrillo, J. C. (2002): «Casación laboral: oportunidad para construir», Columna de opinión en *Ámbito Jurídico* de mayo 27 a junio 9 de 2002 (Edición 105). Editorial Legis.

³⁴ Un ejemplo de la vía a tomar, que presenta Minow en el trabajo antes citado, es la posición asumida por Martín Luther King en relación a las sanciones a que había lugar por actuar en contra de las decisiones estatales manifiestamente racistas. Alegaba King que no se debían dejar de aplicar las sanciones a quienes, como él, protestaban contra dichas decisiones injustas. Asumir la sanción, sostenía, es la forma de demostrar el enorme respeto que tienen al derecho quienes desconocen dicha decisiones. (Minow; 1998) Argumento similar presenta Sócrates en la famosa *Apología*.

ria y correcta». Cuándo es suficiente este tipo de argumentos y cuándo no, es también una cuestión objeto de debate jurídico y, por tanto, objeto de la decisión que finalmente se adopte en un caso. Incluso con ocasión de temas tan polémicos como la pena de muerte o el derecho a abortar, los funcionarios judiciales pueden justificar el uso de argumentos formales, como si fueran un «cálculo», para así ase-gu-rar una mínima estabilidad a los acuerdos políticos que socialmente se hayan dado sobre el tema. Los funcionarios encargados de aplicar el derecho, sobre todo en los altos tribunales, deben proteger la estabilidad y la coherencia del sistema, pero a la vez, deben aplicar las reglas de forma tal que no desconozcan la realidad ni la función que cumplen en la sociedad. Cuándo hacer lo primero («el cálculo»), cuándo lo segundo («el debate de fondo»), es parte del quehacer jurídico.³⁵

Por ejemplo, cuando el acuerdo tácito en torno a cómo resolver un caso es fuerte en una comunidad jurídica, ella se resiste a abandonar el formalismo y la subsunción como forma de llegar a la solución (Ríos Montt). Pero cuando no hay tal acuerdo implícito, o los aspectos relevantes del caso lo cuestionan, la forma puede tornarse vacua. Se convierte en un mero burladero, un subterfugio para no enfrentar el problema de fondo, bien sea porque si se abre ese campo de batalla se perdería, o simplemente por que no se sabría cómo pelear allí. La aplicación de las reglas en materia laboral en el sistema judicial colombiano es ejemplo de ello. Pese a que se trata de reglas a favor del trabajador, aplicadas por jueces pertenecientes a una tradición en la que predomina el formalismo (es decir, se defienden respuestas «objetivas»), el resultado final, los valores efectivamente protegidos, son otros. Un estudio sobre la jurisdicción laboral llevado a cabo por César Rodríguez concluye al respecto:

182

[L]as normas sustantivas y procesales del trabajo han sido establecidas desde sus orígenes como mecanismos de protección de los derechos de los empleados. Desde el punto de vista de los textos, por lo tanto, el derecho y la justicia laborales son favorables al trabajador. Otra es la conclusión que se obtiene si se observa el derecho y la justicia en la práctica (...), entre un 43% y 51% de los procesos terminan con un resultado totalmente desfavorable para el trabajador demandante, mientras que el porcentaje correspondiente a los procesos favorables para éste oscila entre el 17% y el 30% (...).³⁶

³⁵ Al respecto ver: (Barak; 2002).

³⁶ Continúa el texto: «(...) La cifra intermedia, relativa a los procesos 'parcialmente favorables al trabajador, es de difícil interpretación, dado que cuando el juez acepta parte de las

De forma similar, las normas expedidas a lo largo de los últimos años en defensa de la mujer no han logrado garantizar el goce efectivo, y sin discriminación, de sus derechos, entre otras razones, de-bido a los «filtros» valorativos que determinan buena parte de las decisiones judiciales.³⁷ Quién es el juez, es decir, quién es el lector de la norma, define en gran medida cuál es el «cálculo» que se puede hacer a partir de ella. El Magistrado Manuel José Cepeda, por ejemplo, considera que el éxito de la acción de tutela en Colombia se debe en gran medida a «los lectores» iniciales de la Constitución que fueron elegidos y a las condiciones bajo las cuales ellos debían leer los textos.³⁸

pretensiones del empleado o un monto menor al solicitado, el resultado puede ser interpretado como parcialmente favorable al empleador. En consecuencia, esta cifra no puede ser adicionada a ninguno de los dos extremos referidos (...).» El estudio considera que estos resultados son congruentes con varios hechos: «las ventajas propias de los litigantes frecuentes en los trámites judiciales», «mayores recursos (dinero, tiempo) para su defensa, así como con mayor familiaridad con el medio judicial»; en la práctica «el derecho y la justicia laboral operan en la dirección inversa a la contemplada en la letra de las normas.» (Rodríguez; 2001, p.643) En Estados Unidos se ha llegado a conclusiones similares, Minow resalta la influencia de grandes corporaciones, en detrimento de trabajadores y consumidores, sobre el desarrollo de reglas consideradas por algunos como puramente procesales. [«(...) historians have effectively demonstrated the very real substantive effects of ruling in this technical area [to distinguish which parts of a case should be governed by state norms and which should be governed by federal norms], influences of the power of railroads and other corporations in relation to individual workers and consumers. (...).» (Minow; 1998, p.91)]

³⁷ En el estudio *Cuerpo y Derecho* se dice al respecto: «(...) académicas y activistas de ONG han denunciado la falta de correspondencia entre las normas y la realidad. Las garantías consagradas legalmente no se traducen en una protección real de los derechos de las mujeres que acuden a la administración de justicia. Algunos estudios constatan que valores morales y religiosos actúan como filtros en la interpretación de normas que no contienen en sí mismas esa carga valorativa. (...)» Lemaitre, Julieta; Mónica Roa y Luisa Cabal (eds) (2001): *Cuerpo y Derecho*. Editorial Temis. Bogotá., 2001. p.1

³⁸ Dice Cepeda: «Hay un factor que definitivamente marcó el rumbo de la tutela en este país, y fue la circunstancia en la que fueron elegidos los magistrados de la primera corte Constitucional. La primera Corte estuvo compuesta en general por personas cuyo origen no era el tradicional, sino la academia o el ejercicio profesional, personas que a menudo tenían visiones críticas de lo que era el derecho aplicado por los jueces hasta el momento, y que eran sensibles al discurso de la dignidad, la libertad y la igualdad. El que la primera Corte fuera elegida solo por un año, hasta que el Congreso eligiera la Corte definitiva, también marcó la jurisprudencia de esta. Aunque muchos de los magistrados fueron ratificados en el cargo, durante ese año vivieron la zozobra del fin inminente de su mandato, lo que les hizo trabajar sin descanso para sentar precedentes importantes en tan corto período, marcando de manera positiva el desempeño de la Corte durante toda la década.» Prólogo del libro *Cuerpo y Derecho*. (Lemaitre; 2001, p.XV)

Las decisiones judiciales que se repliegan bajo el formalismo, suelen presentar sus argumentaciones «como» objetivas; neutras en términos valorativos. Por eso, reconocer que esta dimensión del debate judicial está presente en todo caso, así no se haga explícito, es imprescindible. La aplicación de las reglas jurídicas a situaciones concretas evidencia el espacio de discreción con que cuenta quien decide.

Si una sentencia se funda exclusivamente en una sencilla argumentación formal, la fuerza de ésta dependerá, entre otras cosas, de la capacidad de justificar jurídicamente por qué bastaba considerar tales argumentos para resolver el caso. En el primero de los ejemplos analizados en este texto sin duda se puede hacer con éxito; en el segundo es probable que no. Ser consciente de las dimensiones valorativas y políticas de un caso fácil, que se «resuelve» con breves argumentos puramente formales, no implica dejar de verlo así o de solucionarlo así, implica ser consciente de la elección que se toma y de las que se dejan de tomar. El problema es estar engeguccido, o enge-guecer, con «cálculos» legales que, supuestamente, aseguren con exactitud y precisión obtener la respuesta correcta de un caso, independientemente de cualquier tipo de consideración material.