



La *Phronesis* aristotélica en el moderno derecho colombiano*

El presente ensayo aspira a desarrollar una preocupación académica propia en el quehacer filosófico-jurídico y es determinar qué tanto pueden correlacionarse el saber teórico con los saberes prácticos: Por ello no dudé en buscar un pensador como Aristóteles, quien supo combinar magistralmente ambos universos del pensamiento; para nuestro propósito, no sólo pesaba esa dicotomía teoría-práctica, que no debiera ser tal si se quiere un saber eficaz, sino que adicionalmente me interesa demostrar la vigencia en el marco de la racionalidad práctica, de aquellas ideas gestadas hace ya más de dos milenios, lo cual permite exaltar la grandeza del estagirita.

Fue así entonces, que encontré en la conceptualización que de la Justicia hace Aristóteles y en la manera cómo entendió que debía ser aplicada, una veta de inigualable valor para ser contrastada en épocas contemporáneas, en especial, en tiempos en que el “Nuevo Derecho” como una corriente que concede papel protagónico al juez y reconoce la importancia de acudir a la *phrónesis* (prudencia) del intérprete.

Partiendo de la premisa según la cual es propio de las normas jurídicas ser generales, abstractas y universales y es propio de los hechos jurídicos el ser particulares, específicos, únicos y concretos y por esa razón es imposible hacer coincidir de manera total la norma general con el hecho específico y sin embargo es propósito del derecho aplicado hacer que coincidan, resulta claro para Aristóteles que hay un déficit en la aplicación del derecho. Por eso entonces, acude más allá de lo que es el derecho reglado, a la justicia, en la que son fundamentales como referentes la norma general y el estudio de las especificidades del caso concreto.

Aristóteles, comenzó por reconocer la contingencia de la vida y siendo esa contingencia el objeto de la justicia, en ella debía reconocerse un alto grado de relatividad e inició a razonar en torno a las condiciones y circunstancias de la justicia del caso concreto, porque es a eso a lo que cotidianamente se ven abocados los jueces, resolver el litigio puesto



a su consideración, teniendo como norte el valor axiológico de la justicia y no ignorando que la regla general y abstracta ora puede no contemplar la solución típica del caso, ora puede conducir a una grave injusticia, porque la ley no siempre y necesariamente se identifica con la justicia. Por ello entonces, Aristóteles, edifica los cimientos de la Equidad, como un metaprincipio que permite corregir desigualdades, injusticias o incluso, encontrar soluciones jurídicas a hipótesis no cobijadas por reglas positivizadas, y como salida a esas aporías, ya en aquél tiempo como hoy, pone el acento en el intérprete, procurando desarrollar conceptualmente, lo que pudieran llamarse las virtudes que deben caracterizar a quien dice el derecho, entre ellas, la *phrónesis* (prudencia), como una *areté* intelectual unida a la experiencia útil, que permite al juez ante la contingencia de la realidad no positivizada, adoptar la respuesta correcta, y en esa prudencia se correlaciona la elección de medios conforme fines, lo que en el ámbito del derecho hoy en día ha recobrado suma importancia con las doctrinas de la argumentación jurídica que han elaborado verdaderos constructos científicos en torno a la ponderación, la proporcionalidad, etc.

Recibimos también como legado aristotélico, conceptos como el de *Proairesis*, virtud que también debe acompañar el quehacer jurídico, traducido en esa elección que no es todo *doxa* (opinión), ni todo *episteme* (ciencia), sino una combinación que sabe escrutar las peculiaridades del caso concreto, tan necesarias al momento de adoptar la decisión correcta. A la *Proairesis* deben acompañar al buen juez la *Aisthesis* y la *sophrosyne*; aquélla entendida como esa cualidad del ser humano que en la elección ética, para nuestro caso, la elección jurídicamente correcta y justa, no sólo se limita al empleo de instrumentos o metodologías estrictamente intelectuales, sino que participan elementos emocionales, los que permiten darle tonalidad y caracterizar como particular el caso sometido a juicio y en esa particularidad la respuesta judicial también debe ser especial y no simplemente genérica como dispone la ley abstracta.

Esas preocupaciones Aristotélicas en torno a la dispensa de justicia para el caso concreto permite correlacionarla con lo que hoy en día han hecho en muchos casos nuestras cortes colombianas, especialmente, la Corte Constitucional, que si bien tiene como norte de aplicación jurídica todo el universo de los derechos fundamentales, los principios



constitucionales, elementos que no existían para los tiempos en que vivió Aristóteles, si permiten otear una gran dosis de esas virtudes *dianoéticas* que señalaba el estagirita como necesarias en el quehacer judicial.

De modo que, puestos dos universos, uno el filosófico, en cabeza de Aristóteles y el otro, el jurídico contemporáneo, a más de dos mil cuatrocientos años de distancia histórica, podemos ver los notorios puntos de encuentro, que muestran una vez más, que en cuestiones éticas y especialmente, en las elecciones prácticas, una de ellas las decisiones judiciales, el estagirita fue un verdadero visionario. Porque es importante hacer ver cómo este paradigma en la aplicación del derecho, preludiado por Aristóteles, en el que el juez es depositario de un papel esencial y no la ley, no fue así durante estos dos siglos y medio; todo lo contrario, lo que llamamos justicia institucionalizada, ha sido gobernada por un modelo positivista, en el que siempre se ha rendido culto sagrado a la norma, así su aplicación conduzca a una aberrante injusticia y por eso la significativa importancia de resaltar a un pensador tan antiguo, que al día de hoy, tiene mucho que decirnos en cuestiones de elección práctica.

1. Teoría de la justicia en Aristóteles.

La ética aristotélica está sometida a la *praxis* en tanto que el orden del conocimiento abstracto, por sí solo no basta para conducir la vida, como quiera que ésta en todo momento nos lanza hacia una determinada contingencia, un nuevo proyecto y por tanto hacia una elección, lo que impide quedarnos solo con el privilegio de la vida teórica; siendo, en efecto, más difícil vivir que pensar. Por lo mismo, que el bien, como norte de la ética, no pudiera plantearse como reflejo de una “abstracta y vacía especulación” o aún más grave, de la vana contemplación, todo lo contrario, es esencial un norte de acción.

Recuérdese que Platón, tratando de evitar que la ética se relativizara en el mismo sentido de los sofistas, quiso hacer de ella una ciencia tan exacta como la geometría, sin sujeción a las veleidades caprichosas o a desvaríos de la experiencia particular y que en una dirección muy diferente, partiendo de la negación de un preestablecido mundo de las ideas, Aristóteles rechaza la existencia de una idea previa del bien puesto que, considera, lo que



existe en realidad son ideas particulares del bien que enfrentan la capacidad de decisión que tiene el hombre y que lo impelen a la necesidad de una reflexión práctica encaminada a la acción. Por ello la ética aristotélica pertenece al orden de la filosofía práctica o de las cosas humanas (*anthropíne philosophía*) que aspira observar lo real desde el lugar concreto en que lo real aparece, pero obviamente desde una perspectiva racional, como ya el mismo Platón había intentado hacerlo en sus concepciones “políticas”.

Aristóteles ha desarrollado una teoría de lo justo que sirve de base a una teoría del Derecho porque su interés es relacionar el Derecho -entendido como la política convertida en preceptiva jurídica- con el gobierno de la *pólis* en el cual son fundamentales las decisiones judiciales basadas en lo legal y lo justo. Por ello se puede advertir a lo largo de “La Política”, que la justicia se convierte en medida general de todas las virtudes¹ y criterio axiológico para el Estado, en tanto que el derecho es una parte de la política acotada en normas.

De la justicia conforme a la ley (*dike*) se predica la igualdad y especialmente en un doble sentido: por un lado, la ley no hace distinción alguna entre los hombres, esto es, no discrimina, pues todo acto discriminatorio es injusto. Sin embargo, al existir entre los hombres desigualdades reales, el derecho debe tener en cuenta esas desigualdades, que implica, tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a quienes son desiguales, lo que hoy se denomina **discriminación positiva**; cuyo propósito es restaurar la igualdad como principio del derecho, adquiriendo la equidad un papel protagónico.² En este sentido, Aristóteles define la justicia como legal y particular, y de ésta última distingue la justicia distributiva y la correctiva, que son aplicadas para la solución del caso concreto y en las

¹ ARISTOTELES, La Política. Edit. Obras Maestras. 3º. Ed. 1962.

² Recordemos que a Aristóteles se le conoce como el iusnaturalista pagano de la antigüedad, porque para éste, el Derecho – entendido por derechos, normas jurídicas y relaciones de la misma índole (*diké*) -, se gesta tanto por convención humana como por naturaleza, preludiando así la inacabada discusión *iuspositivismo* - *ius naturalismo*, pero precisando si, cómo Aristóteles se distancia de aquella concepción iusnaturalista que entiende la norma como expresión de la voluntad divina, y opta por una concepción jurídica en la que **el principio de justicia se halla en la razón humana**, razón gobernada por fines, demostrando así que el derecho natural no es una abstracción o entelequia.



cuales se requiere inexcusablemente una alta dosis de prudencia (Phrónesis) como criterio de aplicación del derecho.

Un segundo mojón de análisis de todo el desarrollo que sobre la justicia hace Aristóteles radica en demostrar cómo si bien la justicia legal consiste en el cumplimiento de la ley, y la injusticia en la violación de ésta, no es posible identificar derecho con ley porque bien pueden existir leyes injustas³, lo que torna ilegítimo al derecho. En este punto, cabe hacer la distinción entre ley, justicia y derecho porque es común que se identifique la ley y la justicia con el derecho. Es necesario entender que la justicia es principio constitutivo del derecho, la ley una de las expresiones de la justicia y el derecho es finalmente la *diké* o justicia institucionalizada. Que no se distinga claramente estos tres órdenes puede conducir a una aplicación injusta del Derecho. Ante esta aporía la solución propuesta por Aristóteles, es nuevamente la EQUIDAD, que se nutre de esa ley común o no escrita⁴.

2. La equidad.

Al término equidad en la Antigüedad grecolatina se le han ofrecido tres definiciones básicas. La primera contrapone la equidad al Derecho desde la clásica máxima *summum ius summa iniuria* preludiada por Platón, en tanto la aplicación estricta de la norma jurídica al caso concreto en muchos de los eventos puede devenir en una gran injusticia, con lo que se hace necesario un valor superior al Derecho, que se encuentra en la *aequitas* como norma basada en la naturaleza. La segunda acepción entiende que la equidad inspira al Derecho y tiene la categoría de norma ideal trascendente al ordenamiento jurídico. La última, la más aceptada y

³ A.A.V.V. *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*. Dirección a cargo de Castro Cid Benito. Madrid : Edit. Universitas, Madrid 1994, Pág. 141.

⁴ Estas contradicciones fueron puestas de presente magistralmente por el maestro *Gustav Radbruch*, quien denunció los abusos del nacionalsocialismo, y en especial, puso de presente la formación positivista de jueces y abogados que los inhabilitó para defenderse contra la legalidad injusta, como pudiera calificarse el orden jurídico nazi . Radbruch señaló cómo una ley que contraviene los principios básicos de la justicia no es derecho, aunque sea “ formalmente valida”, al respecto, pueden leerse obras como “ Relativismo y Derecho”, “ Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en las cuales hace una denuncia en el modo en que se aplicó el derecho bajo la segunda guerra mundial en Alemania, en el cual se privilegió una legalidad abiertamente inicua y discriminatoria, a la que los tribunales nazis llamaban erróneamente derecho, pero a todas luces groseramente injusto.



en consonancia con las doctrinas de Aristóteles y Cicerón, presenta la equidad como principio de interpretación de la norma jurídica, como principio corrector y complementario sin ser contraria ni apartarse de ella; trata de acomodarla a las exigencias ético-sociales y a los valores dominantes en una sociedad dada, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes y particulares del caso.

Aristóteles define la equidad de la siguiente manera:

“...lo equitativo, siendo mejor que una cierta justicia, es justo; y no es el caso que sea mejor que lo justo por tener un género diferente. Luego justo y equitativo son lo mismo y, siendo buenos los dos, resulta superior lo equitativo. La dificultad la produce el que lo equitativo es justo, pero no es la justicia legal, sino una rectificación de la justicia legal.”⁵

Y luego explica el filósofo la razón de la distinción;

“La razón es que la ley es toda general, y en algunos casos no es posible hablar correctamente en general. Pues bien, en aquellos casos en que hay que hablar necesariamente, pero no es posible hacerlo correctamente, la ley abarca lo máximo posible, aunque no ignora que ello es erróneo. Mas no por eso es menos recta, pues el error no reside en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa; tal es la materia de la conducta”⁶

De manera que ante el vacío o la situación irresoluble, el intérprete debe ocupar el lugar del legislador, pero bajo el amparo del valor moral de la justicia;

“Por consiguiente, cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto – allí donde el legislador resulta incompleto o yerra por hablar general – rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo. Por lo cual, lo equitativo es justo – y es preferible a una cierta justicia, mas no a la justicia absoluta, sino al error originado por su generalidad - **. Con que ésta es la naturaleza de lo equitativo: una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad.** Esto es causa también de que no todo se regule por la ley – ya que en algunos casos es imposible establecer una ley – de manera que se necesita un decreto.”⁷(subrayas y resaltos nuestros).

⁵ ARISTOTELES. **Ética a Nicómaco**. Edit. Alianza Editorial. 5º. Reimp. 2007. Madrid. Pág. 177

⁶ ARISTOTELES. Op. cit., p. 177

⁷ ARISTOTELES. Op. cit., p. 178



Nótese entonces, la imprescindible relación entre justicia legal y justicia natural y la singular importancia de la equidad para corregir aquélla. En últimas, la justicia y la equidad difieren en que aquélla juzga según la letra de la ley (justicia legal) y ésta (equidad) juzga según el espíritu conforme al cual se considera haber sido hecha la ley; no se trata entonces de un criterio que en modo alguno debilite los principios de la justicia sino que el derecho “supralegal” tiene validez allí donde el “derecho legal” conduzca a injusticias, contradicciones o notorias desigualdades en su aplicación. No se trata de una equidad que sustituya de modo ordinario la legalidad.⁸

3. *Phrónesis o prudentia.*

⁸ Ferrajoli, pone sobre alerta en el ámbito del derecho penal, el riesgo de invocar la equidad como sustituto de la legalidad, en la medida que con tal proceder, se pueden poner en peligro las garantías del reo y por lo mismo, la seguridad jurídica, de modo que se debe acudir a la equidad como poder de connotación y no de denotación, es decir, **la equitas como un juicio en el que se comprenden las características accidentales y particulares del caso individual verificado y no connotado por la ley**, pero si denotado por ésta:

“ La ley, en efecto connota las *características esenciales o los elementos constitutivos* que forman la intensión de una figura o concepto legal de delito y que determinan la extensión de la clase de los casos individuales denotados por el juez como aquellos de los que la figura legal es predicable en aserciones judiciales aceptadas como verdaderas; el juez, en cambio, connota las características accidentales y las circunstancias específicas, no connotables ni denotables legalmente, que forman la intensión de los casos individuales denotados por la ley como miembros de la clase cuya extensión está determinada por la figura de delito por ella connotada...diré que la ley connota lo que el juez denota...el juicio de legalidad corresponde a la verificación...de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delitos connotada por la ley; el *juicio de equidad* consiste en cambio en la *comprensión* de las características accidentales y particulares del caso individual verificado y no connotado por la ley.

Todo esto puede resultar más evidente con un ejemplo. Las dos tesis ‘Ticio ha cometido un robo’ y ‘Cayo ha cometido un robo’ pueden ser ambas verdaderas y ambas conformes a los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad: ...tanto el hecho individual de Ticio como el de Cayo han sido probados y poseen ambos las *características esenciales* que forman la intensión del concepto legal de robo y que determinan su campo de denotación. Pero esto no quiere decir que el robo de Ticio y el robo de Cayo sean iguales...Los dos robos de Ticio y de Cayo tendrán en realidad *caracteres accidentales* necesariamente distintos, de modo que las dos tesis que enuncian su comisión expresarán contenidos informativos diferentes en relación con las diferentes e irrepetibles connotaciones de los dos hechos denotados ambos por la ley como ‘robos’. Las distintas características accidentales de los dos robos, esto es, sus connotaciones específicas, forman precisamente el objeto de comprensión y de valoración en el juicio de equidad. Conforme a ellas es equitativo considerar que el robo de un trozo de pan cometido por Ticio en estado de necesidad es bastante menos grave que el robo en el banco de un millón cometido por Cayo”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Edit. Trotta. 1995. Pág. 159



Para Aristóteles, la prudencia o *phronesis* es una verdadera *areté* intelectual⁹ unida a la experiencia concreta porque el carácter de prudente surge de la adecuada decisión ante lo contingente y en ese sentido puede interpretarse como una **certera respuesta** al hecho de la contingencia y la limitación del ser humano. Es por ello, que solo observando a los hombres podemos decir si son prudentes o no; por sus actos les damos o le negamos tal calidad. Por ejemplo, la prudencia se liga regularmente con la experiencia, pero de la observación podemos advertir que en muchas ocasiones puede tener mayor experiencia una persona joven que el anciano, porque la experiencia no es simple repetición inalterada de actos, ni la acumulación de tiempo (*plethos*), sino el tiempo útil y productivo¹⁰.

Sobre la prudencia, Aristóteles razona de la siguiente manera:

“V. Acerca de la Prudencia podríamos alcanzar una idea de esta manera: considerando a quiénes solemos llamar prudentes. Y parece, claro está, que es propio de un hombre prudente el ser capaz de deliberar sobre lo bueno para sí y lo que le conviene – no parcialmente, como por ejemplo, qué cosas lo son con vistas a la salud o al vigor, sino qué cosas lo son en general con vistas a vivir bien -. La prueba es que también llamamos prudentes a quienes lo son para algo (de lo que no hay Técnica) cuando razonan bien con vistas a un fin bueno. De manera que en general sería prudente el que es capaz de deliberar”.¹¹

⁹ “*in existimando admudum prudens*” hombre de muy sólido criterio dirían los latinos.

¹⁰ Resulta oportuno indicar cómo desde el plano epistemológico, la experiencia verdaderamente valiosa, no es un simple discurrir inalterado de actos homogéneos y sucesivos, así se hallen representados en considerable número, cuantitativamente hablando, sino actos con *status* diferente, lo que nos recuerda a Popper:

“ Hallé que aquellos de mis amigos que eran admiradores de Marx, Freud y Adler estaban impresionados por una serie de puntos comunes a las tres teorías, en especial su aparente *poder explicativo*. Estas teorías parecían poder explicar prácticamente todo lo que sucedía dentro de los campos a los que se referían...el mundo estaba lleno de *verificaciones* de la teoría. Todo lo que ocurría la confirmaba...En lo que respecta a Adler, quedé muy impresionado por una experiencia personal. Una vez, en 1919, le informé acerca de un caso que no me parecía particularmente adleriano, pero él no halló dificultad alguna en analizarlo en términos de su teoría de los sentimientos de inferioridad, aunque ni siquiera había visto al niño. Experimenté una sensación un poco chocante y le pregunté cómo podía estar tan seguro. ‘por mi experiencia de mil casos’, respondió; a lo que no pude evitar de contestarle : ‘Y con este nuevo caso, supongo, su experiencia se basa en mil y un casos’. POPPER R. Kart. ***Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico***. Barcelona : Ediciones Paidós. 1991. Pág. 59

¹¹ ARISTOTELES. *Ética a Nicómaco*. Op. cit., p. 186



La prudentia o phrónesis para los griegos no es caprichosa, ni arbitraria, procede con el mismo rigor que la ciencia, “ajustándose a la razón”; ahora bien, lo que separa la prudencia de la ciencia, no es el mecanismo del pensar, sino sus respectivos objetos, la ciencia conoce, **la prudencia conoce pero además dice “qué hacer”**.

Para Aristóteles, la operación del prudente consiste en deliberar bien, siendo un dominio intermedio entre fines y medios, en el que aquéllos son los horizontes y éstos las alternativas que finalmente se deben analizar; “...*deliberamos sobre las cosas que dependen de nosotros, y que no son siempre, invariablemente, de una sola y misma manera; por ejemplo, se delibera sobre las cosas de medicina... Por lo demás, no deliberamos, en general, sobre el fin que nos proponemos, sino más bien sobre los medios que deben conducirnos a él...*”¹², pero además, y lo más importante a nuestro juicio, es que la prudencia no está limitada a lo universal en los términos de la *episteme* platónica, ceñida a un modelo deductivo; por el contrario, su énfasis se pone en lo particular, porque es *praxis*¹³; una *praxis* que nace de lo variable, de lo contingente, y esto implica que el bien de determinados valores relativos puede ser relativo al contexto, al contrario de lo sostenido por Platón, quien pregona un concepto de valor como de índole general e inmaculado, cuando de suyo, según Aristóteles, estos son plurales e inconmensurables, porque precisamente la ética no puede ser medida por la variedad cualitativa de la experiencia y el placer y como conclusión no puede existir una noción común o única de bien.

¹² ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*... Op. cit., p. 187 y ss.

¹³ ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco* ... Op. cit., p. 192



Esta afirmación se aplica con mayor fuerza descriptiva cuando nos ocupamos de asuntos jurídicos¹⁴ o económicos¹⁵ y, por supuesto, de la política que se ocupa constantemente de la dicotomía entre el interés general y el interés particular.

4. *Prudentia iuris* (i.e. *iurisprudencia*).

La incorporación del concepto *Prudentia* a la práctica del derecho ha pasado por tres etapas; la primera se originó con la apropiación que los juristas romanos hicieron de la metodología aristotélica para el oficio que hoy pudiéramos llamar litigio, que tenía su máxima expresión en el colegio de los pontífices; éste fue sustituido luego por los *iurisprudentes laicos* y luego por la ciencia jurídica.¹⁶ Lo anterior resulta importante, porque el pensamiento aristotélico está presente históricamente en el ámbito jurídico, a través de una metodología, según la cual, en primer lugar, se observan los hechos singulares para obtener por inducción (*epagwgh*) definiciones (*oroi*), hipótesis, conceptos (*orismoi*) hasta alcanzar los primeros principios de una ciencia particular y en segundo lugar deducción de nuevos enunciados a partir de estas premisas (dogmática). Los jurisprudentes romanos sabían que mediante la observación de los hechos singulares se recoge lo que ha sido repetidamente observado; así, de la experiencia (*empeiria*) se puede pasar a la ciencia mediante el hallazgo del elemento común en los casos particulares observados, siendo elemento clave la

¹⁴ Piénsese sólo a modo de ejemplo, en el problema práctico que impone el conflicto de derechos fundamentales de estirpe social con los derechos fundamentales de origen individual, seguridad social versus propiedad privada, intimidad versus derecho a la información, salubridad pública y autonomía individual, etc.

¹⁵ Obsérvese la problemática del gasto público versus ingreso *per capita*, el control de la inflación versus la demanda interna, la apertura comercial versus empleo local, la tasa de cambio versus motor productivo, etc,

¹⁶ VASQUEZ, Rodolfo. " Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana" En : Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México: UNAM. Instituto de Investigaciones jurídicas. Año XIII. Nro. 39. 1980. Pág. 821 y ss.



determinación de los rasgos comunes compartidos por el material que los juristas tiene que manejar¹⁷.

Hoy en día todos aquellos planteamientos sobre la racionalidad práctica utilizados por los romanos, heredados de Aristóteles, se retoman de nuevo a partir del concepto de *phrónesis* en la hermenéutica filosófica de Gadamer, quien destaca el concepto de *prudentia*, como modelo de aplicación hermenéutica tanto en el ámbito jurídico como en el de la interpretación de las escrituras. Aunque ya *Max Weber* lo había desarrollado en el terreno de la política, y luego *MacIntyre*, a su vez, en su texto “tras la virtud”¹⁸, es Gadamer quien revive la tradición aristotélica y recupera el valor de la “aplicación” en el proceso hermenéutico.

En relación con el concepto de “aplicación”, resulta conveniente recordar que tradicionalmente se consideran tres momentos en el proceso hermenéutico: una *subtilitas intelligendi* (comprensión), una *subtilitas explicandi* (interpretación) y un tercer componente que fue añadido por el pietismo, la *subtilitas applicandi*. Para Gadamer, el papel fundamental en el proceso hermenéutico reside en el intérprete, y aquí es donde adquiere importancia, la prudencia, en su función de mediadora entre la regla general y la diversidad de las situaciones individuales:

“Aun independientemente de toda codificación, la tarea de búsqueda del derecho y del juicio correcto implica una inevitable tensión que va analizara Aristóteles: la tensión entre la generalidad de la legislación vigente – codificada o no – y la singularidad del caso concreto...la recta interpretación de la ley va implícita de algún modo en su aplicación.”¹⁹(subrayas nuestras)

¹⁷ Por ello pueden aparecer los primeros tratados de derecho civil, consistentes en largas opiniones dadas a hechos particulares, opiniones que aún hoy estudiamos en nuestras facultades de derecho y muchas de ellas se transmitieron al Código Civil de Don Andrés Bello, *verbi gratia*, lo relativo a la propiedad, legados, convenciones, etc., al respecto, véase; STEIN, Peter. *Regulae Iuris. From juristic rules to legal maxims*. Edimburgo: Edimburgh University Press. 1966. Págs. 35 y ss.

¹⁸ MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica. 2001.

¹⁹ GADAMER, Hans-georg. *Verdad y método*. Tomo II. Salamanca: Sígueme. 1994. Pág.301



E invoca Gadamer entonces la importancia de la equidad como principio regulador que propenda por una acción éticamente correcta en el plano hermenéutico:

“ Esto se ajusta al antiguo principio aristotélico de que la búsqueda del derecho necesita siempre la ponderación complementaria de la equidad y que la perspectiva de la equidad no se opone al derecho, sino que lleva a su plenitud el sentido legal mediante la atenuación de la letra” (subrayas nuestras).²⁰

Insiste el autor en los orígenes de la jurisprudencia:

“El hecho de que estos viejos problemas de búsqueda del derecho a principios de la era moderna se agudizarán con la recepción del derecho romano al cuestionarse ciertas formas tradicionales de jurisprudencia con el nuevo derecho de jurisprudencias, dio una relevancia especial a la hermenéutica jurídica como teoría de la interpretación”²¹

Recuérdese que interpretar, consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos; de ahí que interpretar consista en un acto de significación que según Gadamer trasciende del texto e incorpora al individuo, es decir, la interpretación tiene la impronta del intérprete²², y por ello la importancia de la equidad y la prudencia en la hermenéutica jurídica, en tanto expresión real del concepto de justicia que acompaña al intérprete:

“Se puede afirmar incluso que el conocimiento del derecho que caracteriza al jurista sigue llamándose con buenas razones ‘jurisprudencia’, literalmente ‘prudencia jurídica’. Esta palabra recuerda aún el legado de la filosofía práctica, que veía en la *prudencia* la virtud suprema de una racionalidad práctica”²³

5. Proairesis

²⁰ GADAMER, Hans-georg. Verdad y método. Ob., cit., Pág. 302.

²¹ GADAMER, Hans-georg. Verdad y método... Ob., cit., pág. 307.

²² Dice Gadamer; “ En mis trabajos yo he aplicado este punto a las ciencias hermenéuticas y he subrayado la pertenencia del intérprete al interpretandum u objeto a interpretar. El que quiere entender algo trae ya consigo un anticipo de lo que quiere entender, un consenso si quiere persuadir y convencer en cuestiones debatidas”.

GADAMER, George. Verdad y método. Tomo II. Op. Cit., pág. 307.

²³ GADAMER, Hans-georg. Verdad y método. Ob., cit. Pág. 302.



Deliberar constituye un estado previo a nuestra inmersión en las decisiones y en las obras; la deliberación le da el paso a la elección y éste es el principio de la praxis. La elección entra en la verdadera configuración de lo humano. Pero esa elección no puede ser simple *doxa*, ni solo *episteme*, pero si tiene un carácter reflexivo, porque partimos, de la premisa de que cada situación se presenta como diversa a la anterior, cuando se trata de elegir por una u otra opción²⁴; ello nos limita para examinar cada evento a partir de las coincidencias y las

²⁴ Nótese, cómo el “Estatuto para la defensa de la democracia” expedido en el año 1979 bajo la presidencia de Julio Cesar Turbay Ayala y que buscaba combatir a las agrupaciones insurgentes de aquella época, a pesar de guardar perfecta simetría normativa con el “Estatuto Antiterrorista” (al auspicio de la política de “Seguridad Democrática” del presidente Alvaro Uribe Vélez) que se aprobó por el Congreso y posteriormente fue declarada su inexequibilidad por la Corte Constitucional, en su ámbito fáctico de aplicación deberá ser abiertamente distinto, en tanto, ahora surge una nueva problemática y es la consideración de “terrorismo” al accionar de la subversión y ello implicará necesariamente una interpretación distinta de las reglas generales previstas ya concebidas desde hace veinticinco años. Y qué no se diga, sobre el manejo de la tasa de cambio para los años 80’ que en cierta medida no difiere de las políticas actuales que llevaron a la desaparición del control de ingresos de divisas a través de la banda cambiaria y que al día de hoy tiene al borde de la quiebra a un amplio sector exportador del país, lo que inevitablemente se traducirá en desempleo y recesión, pese a la revaluación del peso que puede aparejar por otro lado la posibilidad de actualización tecnológica, políticas que guardan estrechas similitudes para circunstancias fácticas cambiantes día a día, en tanto, hoy surgen nuevos problemas, como la economía de mercado propicia a capitales golondrina en el sector financiero (aspecto vital para la sostenibilidad económica de un país), en especial a raíz de la variación de tasas de interés en los E.E.U.U., el aumento desmedido de remesas en virtud de la problemática de desplazamiento de un gran número de colombianos a otros países, el exagerado aumento de lavado de activos en el país, ingredientes que resultan novedosos en la aplicación actual de políticas macroeconómicas, en particular, para el caso del manejo cambiario, o que decir, del manejo del gasto público, el manejo de indicadores macroeconómicos como la inflación, la recesión, la revaluación del peso, el aumento del PIB, la tasa de empleo, la demanda interna, la deuda externa, etc., sobre los cuales pudieran colocarse innumerables ejemplos, lo que si me interesa resaltar, es que detrás de todos estos conceptos, que bien pudieran aparecer como técnicos, se abriga un trasfondo ético incommensurable, detrás de la política de libre mercado se perfila el problema de competitividad del sector productivo (industrial y agropecuario, jamás de servicios, porque no lo tenemos) y ligado a éste, el empleo que a su vez se traduce en el ingreso de la gente y consecuentemente en hambre y miseria, detrás de la política de seguridad democrática, se encuentra la grave limitación a derechos fundamentales; qué pensamos cuándo



repeticiones, y dar una respuesta oportuna; en consecuencia, con esa limitación, no hay un aprendizaje homogéneo de cada situación repetida en la siguiente. Por eso la experiencia que denominamos como “acumulativa” no distingue cada caso en su individualidad; al contrario, para la experiencia nutrida por la prudencia, cada caso es distinto y debe ser tratado de manera distinta. La experiencia acumulativa tiende a la decisión rutinaria, que no escruta la particularidad concreta del hecho, con la consecuencia que puede llevar a decisiones injustas, pese a estar ceñidas a la ley.

6. Aisthesis y sophrosyne.

Aristóteles emplea un método que consiste en elaborar definiciones generales de la excelencia, pero haciendo referencia a una regla, basada en la “recta razón”; esa recta razón es la **PRUDENCIA**, que como lo señalamos líneas atrás, no radica en un saber científico, deducido de universales, sino en una virtud dianoética a la que le corresponde establecer el justo medio en las virtudes éticas o una cualidad del entendimiento por la cual podemos obrar bien. Según Aristóteles, la virtud es un modo de pensar y de sentir que se mantiene en el justo medio entre el exceso y el defecto; este justo medio puede ser conocido por la razón, y quien lo conoce, como el sabio, obra en consecuencia.

Pero debemos recordar, que esa “regla” surge de una práctica decantada, de un resumen de decisiones particulares, que obviamente pueden llevar a la imprevisibilidad por el carácter

ahora se nos intercepta clandestinamente las líneas telefónicas por organismos de inteligencia del Estado y qué pensaremos cuando eso siga ocurriendo pero ya sin ningún reproche ético y jurídico, porque se encuentran habilitados para hacerlo sin previa orden judicial. Las capturas masivas de personas señaladas como colaboradores de la insurgencia, cuando de suyo sólo han sido las víctimas de los grupos guerrilleros, pero bajo una política que pretende salvaguardar al Estado de los grupos subversivos en aras de garantizar la seguridad, se encarcela durante doce, dieciocho, veinte meses, verbi gratia; al boticario del pueblo, por haber vendido droga a la guerrilla, cuando esa misma localidad jamás tuvo presencia de policía y Ejército durante cuatro años consecutivos, una política de “seguridad democrática” que no se compadece con el auténtico sentido del término, y que ahora se viene utilizando para mostrar una simple eficacia simbólica, entre otras, para concederle el mérito de los procesos judiciales abiertos en la mal denominada “parapolítica”.



constantemente cambiante del mundo y porque esa regla no regula integralmente esa precisa situación en un momento específico²⁵; por ello el legado aristotélico resulta de tan significativa importancia en el escenario de la interpretación jurídica, en virtud de que nos ha acompañado en la aplicación del derecho una teoría jurídica denominada como escuela “conceptualista o formalista” que aún tiene suma ascendencia en los operadores jurídicos de hoy, y que sostiene, contra toda evidencia, lo innecesario de la interpretación.

Aristóteles, entonces, propugna como criterio último para valorar la bondad de la elección ética, de la persona prudente, la **PERCEPCIÓN (AISTHESIS)**, entendida como una *“facultad discriminativa relacionada, no con la aprehensión de universales, sino con la captación de particulares concretos”*²⁶, porque precisamente el principio por sí sólo no capta ese fino detalle distintivo del hecho concreto que lo hace disímil al anterior; y no lo capta porque el principio es *a posteriori* a la descripción concreta, al *factum*, al episodio, y por ello, Aristóteles, en sus disquisiciones acerca de la justicia entendida como un valor a seguir, y en el que todos los teóricos del derecho convienen,²⁷ estima cómo la regla general puede errar y por tanto es necesario entrar a corregir a través de la **equidad**, común a todas las justicias como corrector necesario de la imperfección de la ley²⁸. Y nuevamente no se refiere a la

²⁵ En el ámbito de lo jurídico ello resulta de suma notoriedad, al rompe se observa que toda disposición normativa siempre exige una interpretación, en virtud precisamente de que la mera generalidad de la ley no es suficiente para abarcar la realidad que se pretende regular, así el supuesto de hecho no ofrezca discusión.

²⁶ NUSSBAUM, Marta C. *La Fragilidad del bien*. Madrid : Visor. 1995. Pág. 385.

²⁷ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México : Porrúa 1965, pag. 470 y ss.

²⁸ La imperfección de la ley, se revela claramente, cuando observamos que las situaciones por ella reguladas, son **mutables, indeterminadas y particulares**. **Mutables**, porque la ley solo tiene como origen el pasado, cuando se crea una ley siempre se hace sobre una circunstancia que ya ocurrió y se busca hacia el futuro, prevenirla, preservarla o propiciarla, y sin embargo, la experiencia es rica en situaciones novedosas por la mutación de los cambios históricos; verbi gratia; La eutanasia, la situación legal de la pareja homosexual, el fenómeno del aborto en Colombia, todo lo relativo a la aplicación de la ley frente al terrorismo y el derecho penal de enemigo, sólo mirese el caso paradigmático de Guantánamo en el cual la ley no reguló la extensión de las garantías a favor de quien no se encuentra recluido en territorio Estadounidense y por ende, los presos de la isla pueden permanecer indefinidamente allí sin fórmula de juicio alguna. La **Indeterminación**, que mira con la diversidad de los contextos



imperfección en la construcción de la ley, sino a la fractura natural entre lo abstracto de la ley y lo particular del caso, es decir, la contingencia de la realidad, imposible de prever totalmente con anticipación por el mismo legislador y que al ser aplicada ciegamente puede conducir a una injusticia²⁹. En este sentido el Derecho anglosajón se ha apropiado para su cultura jurídica de una mayor dosis de *AISTHESIS* que el Derecho continental europeo al que más nos debemos culturalmente³⁰. Es de notar cómo un Derecho reglado como el nuestro

y por ende la necesidad de flexibilizar la regla (aoristos); El indígena, se le tenía como inimputable en tanto posee una diversidad cultural que le impide reconocer el plexo de valores propio de la cultura dominante, pero si ese indígena es aculturizado, es decir, de una u otra manera ha tenido contacto con nuestra cultura, qué ocurre?, es la cuestión del pluralismo ético, que se traduce en un pluralismo de valores. la **Particularidad** un caso ético puede contener elementos particulares irrepetibles, hecho recurrente en toda la práctica judicial, por que las realidades humanas son siempre complejas, y las soluciones no siempre evidentes, al menos se podrán considerar razonables, mas no verdaderas y exactas, mas vale recordar que la realidad humana es dinámica y que la vida se mueve también en el ámbito de lo imprevisible, por eso, los “grandes” discursos corren el riesgo de deshumanizarse si aspiran a ser aplicados sin atender a lo casuístico, a lo particular, sólo nótese la problemática actual sobre presidencialismo versus parlamentarismo, y que no decir, pero ya en sentido contrario, reconociendo la particularidad, pero no haciendo la particularidad la razón y fundamento de la regla general, el asunto de la reelección presidencial, en el que se desdibuja perversamente y en toda su intensidad el principio de generalidad, al expedir un acto legislativo con proyecciones hacia el futuro, en consideración a una sola persona, el actual presidente de la República. Para una mejor comprensión del carácter mutable, indeterminado y particular de los hechos véase a NUSSBAUM, Marta C. La fragilidad del bien...Op., cit., pág. 395

²⁹ La equidad como la justicia aplicada a un caso particular, que no sólo es privativo del Derecho, sino que resulta aplicable majestuosamente a las cuestiones políticas, *verbi gratia*; cuando se requiere construir una gran obra de ingeniería, que indudablemente beneficiará a varios sectores de la comunidad, pero uno de esos sectores carece de recursos para financiarla a través del derrame de valorización, impuesto que se aplica por principio de modo general a todos los beneficiarios de la obra, resulta entonces, imprescindible buscar otra forma de tributo más equitativa, para ese sector en particular, en la cual haya participación de otros sectores de mayor capacidad económica que financien al de escasos recursos.

³⁰ “ Sentencias como Quintero y Bayless ponen ante nuestros ojos la realidad de un sistema jurídico que no comprende que existen distintos tipos de reglas: reglas claras, precisas, que pueden ser fácil y rápidamente aplicadas; y reglas que son necesariamente vagas y con respecto a las que caben diferentes interpretaciones. La culpa de eso sea así no es de los que las elaboran: con frecuencia no cabe otra cosa si se quiere que la



ha requerido de una inaudita profusión de leyes que terminan en alto grado de confusión normativa; disposiciones relativas a la seguridad social, las complejas y excesivas regulaciones en el campo fiscal, o la misma Constitución Política (con sus innumerables reformas) que de no ser por la amplia doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional y la tutela como mecanismo de protección a los derechos fundamentales, no pasaría de ser un instrumento administrativo más, y no la clase de contrato de social que aspira a ser de larga duración; muy diferente en este sentido a la Constitución de los E.E.U.U. cuyas normas, sin ser pétreas, tienen desarrollos propiciados por la magistratura bajo la inevitable dinámica social, económica, política³¹ pero bajo una muy aguda sujeción al precompromiso constitucional³² (ideales del constituyente primario), y que concede carácter

norma cubra un amplio abanico de conductas. Hace falta experiencia, equidad y sentido común, más que exactitud técnica, para aplicar unas reglas que necesariamente tienen que ser ambiguas. Pero seguimos teniendo que aprender esta lección de nuestro sistema de justicia penal, donde las reglas y su cumplimiento se han convertido en fines mismos, de modo que se acaba por ignorar los objetivos superiores del sistema, incluyendo el objetivo de determinar con un alto grado de precisión si el acusado cometió el delito en cuestión. Nuestro sistema legal dedica innumerables horas a discutir, mucho tiempo después de que los hechos hayan tenido lugar, casos particulares en los que resulta evidente que no existe una única respuesta posible, igual que no existe modo alguno de hacer más fáciles las decisiones que habrá de tomar en los cientos de casos dudosos que surgen cada día en el país". PIZZI T. William. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Madrid: Tecnos. 2004. Pág. 59

³¹ Los Americanos han sabido conciliar, particularmente durante el período de la Corte Warren (presidencia del Juez Earl Warren), que se extendió durante los años sesenta y comienzos de los setenta, el precompromiso constitucional y los cambios sociales, Corte Suprema de Justicia que ha sido calificada por sectores liberales como paradigma del progresismo y por sectores conservadores como la propiciadora del "activismo judicial". Ya las Cortes de años recientes, con su marcada tendencia de derecha, han propugnado por un desconocimiento de las garantías ciudadanas y una petrificación de las enmiendas. Sobre el tema véase; ALLEN, F. "The judicial quest for penal justice : The Warren Court and the criminal cases". En : University of Illinois Law Forum Illinois. 1975. Págs. 518 y ss.

³² MORESO, José Juan. *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación Constitucional*, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998.



normativo a la constitución, es decir, que le confiere carácter vinculante o primacía a la constitución, principio que en nuestro ámbito solo se concibió a raíz de la carta de 1991.

Ahora bien, lo que me interesa destacar, es cómo esa *aisthesis*, es una percepción entendida como respuesta compleja de toda la personalidad, en el que participan no sólo los elementos intelectuales, sino casi con mayor preponderancia los elementos pasionales³³, no queriendo ello decir, que la elección práctica carezca de límites a la arbitrariedad y el capricho³⁴, nacidos de la subjetividad de la pasión, sino en examinar que la elección práctica es fruto de un ser que posee sentimientos, resultado de una dilatada experiencia de la vida que a su vez le permite captar esas características significativas del hecho particular; precisamente, esto hace la diferencia entre el buen juez, el buen administrador, el buen gobernante, en la medida en que no es tanto el conocimiento teórico el que autoriza las mejores elecciones, sino el conocimiento práctico, la intelección práctica, la experiencia. La vida diaria da elocuente testimonio de ello, en particular cuando los tecnócratas tienen la dirección de las grandes empresas, gozan de altos cargos públicos, y toman decisiones erradas o equívocas. En últimas, para Aristóteles, “*el buen juicio versa sobre las cosas prácticas*”; esa experiencia, le permite a la persona que tiene a cargo una elección el haber interiorizado unos valores éticos y una concepción de la vida humana más o menos armónica con una sólida integración entre lo general y lo particular³⁵.

Señalábamos la importancia del aporte emocional en la elección correcta, entendida la pasión como integrante de la naturaleza humana y condición de posibilidad para una decisión éticamente correcta³⁶ porque la *phronesis* no está referida al sólo conocimiento, sino a una

³³ No puede olvidarse, que para Aristóteles la pasión hace parte de la naturaleza humana.

³⁴ Aristóteles, es consciente de que la regla-resumen brinda al menos seguridad cuando se carece de esa prudencia y esa percepción propia del sabio, lo que ocurre en la mayoría de los casos y prefiere un Estado gobernado por leyes.

³⁵ NUSSBAUM, Marta C. La fragilidad del bien. Op., cit. págs.395 y ss.

³⁶ Debemos recordar, que la acción se tiene como virtuosa, si y solo si obedece a un impulso bondadoso, bien puedo realizar un acto de caridad, pero sin conciencia de caridad, ese acto no es un acto virtuoso, porque ese acto, bien puede obedecer a un deseo de reconocimiento social por ejemplo, no es la bondad de las "obras"



disposición interior, que ante una situación no busca la solución con el solo intelecto, sino que también con la pasión o con el sentimiento apropiado. Al contrario de lo que entiende PLATON, para Aristóteles la pasión puede discriminar la situación, la interpreta de mejor manera, y los elementos no intelectuales, además de servir como guía para la elección correcta, para el actuar bien, tienen un valor intrínseco, porque en todo comportamiento se deben examinar los motivos más íntimos, los fines auténticos.

Citamos como ejemplo paradigmático el hecho de que el buen juez no se sustrae a la esfera afectiva para valorar en su justa medida el comportamiento humano; si solo se limitara a examinarlo desde una lectura esencialmente racional, fácilmente se incurriría en graves injusticias por incomprensión puesto que la pasión es el instrumento que permite percibir circunstancias que el instrumento del intelecto no haría jamás, como interpretar el comportamiento del delincuente político, o del delincuente pasional o de quien comete un homicidio por piedad o de quien actúa en un estado de necesidad o quien delinque por extremas condiciones de pobreza o ignorancia. Esa aparente esfera irracional, como elemento de deliberación, resulta de suma importancia, si se tienen en cuenta que las pasiones tienen una función básica: motivar. Recuérdese que el ser humano se mueve por fines, y fue a través de esta conceptualización Aristotélica de la acción final que se revolucionó el derecho penal con la teoría finalista de *Welzel*, sistemática de la teoría del delito que aún brinda sus frutos en la dogmática penal contemporánea, para mostrar que la acción no es ciega.

Luego, entonces, la prudencia no es una ciencia porque implica el obrar en el mundo³⁷, tampoco es un arte, si es cierto que las artes tienden a la producción (*poiesis*) y la prudencia a la acción (*praxis*); la prudencia tiende a la exactitud del criterio, a establecer una regla para la

resultantes de esas acciones, sino la bondad de las acciones mismas, que equivale a decir la bondad del hombre que actúa.

³⁷ Advierte Aristóteles, que todo intento de hacer ciencia de la deliberación, empobrece el universo de lo humano, en tanto inconmensurable e indeterminado y la ciencia tiene como norte el sistema, la necesidad de clasificar, de reducir.



elección teniendo en cuenta que el justo medio es variable puesto que está referido a las circunstancias y por ello es una disposición a escoger el justo medio entre lo variable. El carácter vicioso es, por oposición, la tendencia a errar por exceso o por defecto con respecto a este medio. Precisamente se entiende la *sophrosyne*, como la moderación en la elección, el instrumento que cataliza la pasión, la construcción de justo medio sin esconder o sojuzgar las emociones, los apetitos, en tanto, ello sería contrariar la naturaleza humana³⁸. Esa moderación resulta de mayúscula importancia cuando en el campo jurídico, político y económico, se busca sopesar fines y medios, intereses y bienes en constante contradicción y conflicto; particularmente en el campo del derecho adquiere importancia en relación particular con los que se denominan casos difíciles, que para algunos como Dworkin tienen una sola respuesta correcta.

7. El pensamiento aristotélico en el derecho colombiano.

Como lo ha destacado un ilustre jurista colombiano, en el país se ha presentado un fenómeno relativamente novedoso, desde el punto de vista histórico, que es el protagonismo judicial de los operadores jurídicos³⁹; hoy en día los jueces se ocupan de debates políticos esenciales. ese protagonismo puede atribuirse a cierta independencia política de la judicatura desde los años setenta, pero es la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con sus

³⁸ El jurista estadinense Philip K. Howard en su obra “The dead of common sense” (la muerte del sentido común), hace un estudio sobre el tema que ahora nos ocupa, entre otras, en la aplicación usual de la ley, el parámetro más importante es aquel que toma como referencia a una persona común en circunstancias normales, lo que en nuestro contexto jurídico se conoce como la hipótesis del hombre medio, y el hecho de que los compendios no resuelven casos concretos, siempre habrá que utilizar situaciones particulares tomando como fundamento las normas, pero más que eso, haciendo reflexión en torno a un parámetro, el del sentido común. Mírese, que es el criterio de lo humano para resolver lo humano, no el criterio de lo divino para resolver lo humano, tal como aspiraba Platón.

³⁹ Sigo en tal sentido el texto; “ ENTRE EL PROTAGONISMO Y LA RUTINA: ANALISIS SOCIOJURÍDICO DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA”. UPRIMMY REYES, Rodrigo, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y GARCIA VILLEGAS, Mauricio. Publicado En: Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización. México. 2003.



acciones para la protección de los derechos constitucionales, lo que ha generado un creciente desarrollo de aquello que muchos denominan el “ nuevo derecho” y en el cual el juez cumple más que un papel de simple aplicador de normas; en efecto, la Constitución favorece un juez de mayor compromiso con el respeto de los derechos fundamentales cambiando sin lugar a dudas de paradigma jurídico⁴⁰ tanto en la interpretación como en su aplicación⁴¹ y de ello da cuenta fallos como la despenalización del consumo de drogas (sentencia C-221 de 1994), la

⁴⁰ Sin lugar a dudas se ha superado parcialmente, y de ello da ejemplo la Corte Constitucional, el modelo del deductivismo, sin que obviamente tampoco acuda al libre activismo judicial al estilo del realismo jurídico, porque el juez hace mucho más que un simple silogismo al aplicar el derecho, ese es el mensaje de Aristóteles, en la generalidad de la ley está su punto de quiebra, su debilidad, pero tampoco el juez llega al límite de aplicar su propia voluntad dejando de lado los contenidos de las normas jurídicas, lo que en Aristóteles nombraríamos como justicia natural, en este sentido, la actividad interpretativa del juez se ubicaría no tanto en uno de los extremos anunciados (deductivismo vs. Activismo judicial), sino en medio de ellos. Dos escuelas que cuestionan las tendencias radicales sobre la interpretación surgen y se consolidan en el siglo XX e influyen de manera profunda en la comprensión que actualmente le damos a lo jurídico, por un lado el positivismo normativista, en cabeza de Hans Kelsen y H.L.A. Hart que dejan muy en claro la textura abierta del lenguaje jurídico y las zonas de penumbra, y, por el otro, las tendencias tópicas, hermenéuticas y argumentativas, lideradas por Viehweg, Recasens Siches, Perelman, MacCormick, Alexy entre otros. El debate hoy es por la decisión judicial, como práctica interpretativa, ya bien lo había preludiado Gadamer, de allí han surgido tres tendencias, la primera como “ el uso alternativo del derecho”, la segunda “ el pragmatismo jurídico” y la tercera “ las tendencias de la decisión judicial correcta”, en tal sentido puede leerse a Luigi Ferrajoli, a Richard Posner y a Ronald Dworkin respectivamente. Al respecto véase; UPRIMNY, Rodrigo. *Estado social de derecho y respuesta judicial correcta*. En *Hermenéutica jurídica*. Bogotá : Universidad del Rosario. 1997.

⁴¹ Pese a la importancia de la Corte Constitucional en ese nuevo paradigma del derecho, lo cierto es que en el derecho privado también han existido avances en ese papel creativo del juez en la aplicación del derecho, como lo demostró el profesor Bohorquez Orduz, quien pone de presente cómo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, siendo uno de los altos tribunales más formalista y conservador en la aplicación del derecho, especialmente por su apego al principio de legalidad a ultranza, ha creado derecho al margen del legislado, en materias como la simulación, dación en pago, mutuo disenso tácito, indexación de prestaciones dinerarias y vinculación de sujetos no contratantes entre otros, al respecto véase; BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. **Principio de completitud y creación judicial del derecho**. Edit. Univ. Externado de Colombia. 2016. Págs.



eutanasia (sentencia C-239 de 1997), la protección de minorías tradicionalmente discriminadas, aplicando un criterio aristotélico de igualdad, a saber, no es la igualdad matemática, sino la igualdad proporcional, al desigual se le trata como desigual, recordemos las palabras de Aristóteles; “*Si las personas no son iguales, no tienen partes iguales*”, es un concepto de igualdad relacional “*...El hombre injusto no siempre pide más de lo que le corresponde equitativamente; a veces la injusticia consiste en tomar menos de lo debido;*”⁴² buscando así abandonar un poco, ese logos de lo racional muy al modo físico-matemático, y trasladar el ámbito de validez material del derecho a la razón vital, la lógica de lo razonable, el “*logos de lo razonable*”, como lo definió en el siglo pasado el profesor Recasens Siches.⁴³

Así entonces, es la lógica material⁴⁴, el medio privilegiado para resolver los problemas prácticos y los que resuelve el derecho son problemas humanos prácticos, frente a los cuales

⁴² ARISTOTELES, *Ética a...* Op. cit., p. 130.

⁴³ “*Efectivamente, esa igualdad es un puro concepto formal, que postula o supone el empleo de un criterio de medida, según el cual se determina la igualdad. No basta decir igualdad; ¿igualdad en qué, y desde qué puntos de vista, y cómo? Así, pues, el problema capital sobre la justicia no radica en la teoría de ella, sino en la medida de estimación que ella postula. Y ese criterio de medida, trasciende a la idea de justicia como armonía o como igualdad proporcional.*”

Adviértase que **no se trata aquí de una relación de pura identidad lógica, en la cual los dos extremos de la ecuación se cubren o coinciden plenamente. Se trata de algo distinto: de promover una igualdad o proporcionalidad entre hombres; y no entre hombres abstractamente considerados, sino insertos en el complicadísimo entresijo de sus relaciones y actividades sociales. Y en estas relaciones entran en cuestión todas las diversidades procedentes no sólo de las concretas diferencias entre los individuos, sino también de las varias situaciones en que se encuentran**”. RECASENS SICHES, Luis. *Extensas adiciones*. Tomo II. Edit. Bosch. Barcelona. Pág. 361. 1936

⁴⁴ Por eso cobró tanta importancia desde mediados del pasado siglo las corrientes tópicas, tributarias por igual del pensamiento Aristotélico, que merecerían un espacio adicional a este escrito, pero que bien pueden examinarse en la obra cimera de la teoría de la argumentación de Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, conocida como “***Tratado de la argumentación. La nueva retórica***” y llamada así en homenaje a Aristóteles, porque es una vieja retórica pero aplicada a nuestros tiempos, lo que le concede la tonalidad de la novedad y que es



no basta la simple lógica formal o matemática, porque ésta no resuelve el contenido circunstancial del derecho en tanto construido por necesidades históricas; el carácter valioso de las respuestas depende de esas circunstancias históricas y es por ello que el Juez debe cumplir una función creadora-interpretativa en tanto necesita considerar ingredientes no contenidos en la abstracción de la ley, y que contienen valoración y significado⁴⁵. Esa fue la aproximación hecha por Aristóteles, cuando hace el énfasis en el carácter esencialmente axiológico de la elección práctica y por ende la necesidad que acudamos a una jerarquía de los valores en un marco de contingencia; y la prudencia constituye una actitud esencial del ejercicio del logos de lo razonable, la *frónesis* como fundamento de la acción correcta en medio de lo contingente, porque los hechos que constituyen el insumo de las normas son eso, contingencia, cambian, mutan permanentemente, sin embargo, la ley sigue intacta en su formulación genérica, y por ende, conducen a situaciones de injusticia y desigualdad.

Con la Constitución Política de 1991, la realidad contingente adquirió un nuevo protagonismo a través de distintos fallos proferidos por la Corte Constitucional; no significa que la realidad hubiese sido nueva en el sentido literal de la palabra; lo novedoso es que se afronta con otras herramientas hermenéuticas. Nadie negaría, por ejemplo, que las minorías étnicas no existían antes del año 1991 y que sobre ellas se ejercía discriminación; que personas del mismo sexo no convivían antes de la nueva constitución; que las víctimas de la violencia no surgieron antes de los años noventa. Lo nuevo es que a partir de una serie de sentencias todas aquellas personas que presentaban un déficit de protección por parte del ordenamiento jurídico, en parte, porque la ley general y abstracta no ofrecía una solución satisfactoria al reclamo de sus derechos, comienzan a ser visibilizados por la sociedad y particularmente, por los estrados judiciales, y entonces, tenemos sentencias que favorecen a los enfermos de sida o pacientes con enfermedades catastróficas que no son cubiertas por el

de inexcusable lectura para cualquier jurista, es la retórica ornamental de Aristóteles, convertida en la retórica ornamental de Perelman, Alexi y Atienza entre otros.

⁴⁵ “Así que necesariamente la Prudencia es una disposición verdadera, acompañada de razón, relativa a la acción en las cosas buenas para el hombre”. Aristóteles. *Ética* a... Op. cit., p. 188



POS; la protección de los derechos de los homosexuales; de los niños víctimas de maltrato, el respeto por el pluralismo étnico y religioso (sentencias T-128/94 y T-205/94), el trato privilegiado de personas en condiciones de minusvalía como el anciano (T-036 de 1995), la protección de las víctimas de la violencia, examinemos con mayor detenimiento algunas temáticas. Se convierten, pues, en sujetos jurídicos de primer orden en el sentido de que se visibilizan jurídicamente por la constitucionalización de los derechos fundamentales y de sus garantías.

7.1.Las víctimas del conflicto armado.

Frente al tema de las víctimas del conflicto armado, la Corte Constitucional comenzó a realizar un ejercicio de corrección práctica tratando de revertir las circunstancias fácticas que generaban una asimetría en contra de las víctimas, aplicando el derecho de manera diversa⁴⁶,

⁴⁶ La Corte Constitucional ha proferido innumerables fallos con los cuales ha trazado una línea jurisprudencial en torno a la protección de las víctimas de la violencia, y por esa vía sentó los cimientos de reformas legislativas posteriores, como la ley 1448 de 2011, recuérdese en tal sentido las sentencias T-821 de 2007, en la cual considera que aquellas personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra, gozan del derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso y goce de la misma, a partir de allí, la Corte Constitucional le concede un trato privilegiado al desplazado, y en especial, al despojado, procurando igualar su situación de desigualdad que presentaba ante la ley, prueba de ello es que ese enfoque diferencial se tradujo en una interpretación *pro victima* en la aplicación de la ley 1448 de 2011; una aplicación preferente de normas de justicia transicional sobre las normas del derecho privado, mutando el paradigma del derecho, para hacerlo más propicio en situaciones de asimetría como la que se presenta en contextos de conflicto y no de paz, en los cuales, las relaciones jurídicas entre personas particulares se cimentan en condiciones de libertad e igualdad, no así en tiempos de guerra, tal como lo planteó la Corte Constitucional en sentencias C-052 de 2012 y C-771 de 2011, nótese que no es lo mismo que el campesino que ha sido despojado demande ante la justicia ordinaria la nulidad del contrato de compraventa de su parcela y que realizó en el momento del conflicto armado a que lo haga en un marco de justicia transicional; se creó inicialmente por la vía de la jurisprudencia y luego de *lege data*, un aligeramiento probatorio a favor de las víctimas, es decir, los estándares de prueba para demostrar la condición de víctima, por ejemplo, no son tan rigurosos como los exigidos en otras jurisdicciones en el que las partes se encuentran en condiciones de desigualdad, así se aceptó en **sentencia del 12 de mayo de 2009** por



favoreciendo mecanismos que aligeraran el reconocimiento de sus derechos; al hacerlo sigue lo que manda Aristóteles cuando teoriza en torno a la prudencia, como un saber de lo particular que aplica los principios de la ética, de lo que es correcto para los hombres; se trata de la aplicación de la equidad en casos en los cuales resulta indispensable un trato especial.

7.2. Tratamiento para otro tipo de víctimas.

Hay un caso paradigmático, en el cual la Corte Constitucional anula dos sentencias de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre ellas, una del Consejo de Estado; se trata del caso en el cual la justicia contenciosa aplicó simplemente la ley en su escueta generalidad negándole el reconocimiento de los perjuicios a un oficial de policía que había sido injustamente privado de la libertad, accedido carnalmente en la cárcel por los propios delincuentes que él había capturado antes. El Consejo de Estado, bajo el prurito de que conforme a la ley el demandante no había probado satisfactoriamente sus perjuicios que llevaran a la Sección tercera al convencimiento propio de la certeza racional, desestimó las pretensiones de la demanda. La Corte Constitucional consideró que tratar a esta persona como cualquier otra, en cuanto no pudo probar los vejámenes de que había sido víctima en la cárcel mediante una prueba que le llevara a la certeza al Consejo de Estado, era ignorar su condición de víctima y cómo era necesario dar por probado los vejámenes relatados con un estándar probatorio no tan riguroso como el exigido para otro tipo de personas en situaciones de más fácil acceso a la prueba, porque aquí el demandante aducía serias dificultades para

la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado Augusto J. Ibañez Guzmán y luego en **sentencia del 27 de abril del año 2011** con ponencia de la Dra. Maria del Rosario González de Lemos, que señala; *“lo anterior, además, por las dificultades de demostración de las víctimas de desplazamiento forzado, las cuales imponen flexibilizar la exigencia probatoria en tratándose de graves violaciones a los derechos fundamentales de las personas”* (en el mismo sentido, **T-268 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra**), bien se observa, cómo la ley 1448 de 2011 contempló una serie de presunciones legales en torno al despojo; como la acumulación de la propiedad en una sola persona, a la postre adquirente de los predios reclamados; la violencia generalizada en el sector donde habitaba la supuesta víctima, etc., - Cfr. Art. 77 -, presunciones que pasaron el control de constitucionalidad por la Corte en **sentencia C-715 de 2012.**



haber demostrado bajo el estándar probatorio exigido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sus perjuicios⁴⁷, así entonces, la Corte Constitucional se aparta de la generalidad de la ley y corrige ésta por un sentido de la ley más ajustado a la realidad concreta sufrida por el accionante. Resulta paradójico este caso porque ya en otros casos el propio Consejo de Estado se había apartado del texto frío y abstracto de la ley como en efecto lo hizo cuando comenzó a condenar al Estado por graves violaciones a los derechos humanos en los “ Falsos positivos”; en esas sentencias el estándar probatorio para dar por demostrada la responsabilidad estatal en la muerte del ciudadano se morigeraron sustancialmente, porque de llegarse a sostener el mismo estándar que exigía la ley y que se venía aplicando con anterioridad, muy probablemente el Estado nunca sería condenado o si lo fuera, sería en muy contadas ocasiones. Esta línea de pensamiento a favor de la equidad resulta aún más notoria en sentencias en que el Consejo de Estado⁴⁸ como de la Corte Constitucional⁴⁹ no aplicaron la caducidad de dos años para adelantar la acción de reparación directa en contra del Estado por la muerte de un ciudadano en manos de agentes estatales (falsos positivos), pese a la diáfana claridad del artículo 164 del CPACA, que impone un plazo perentorio para presentar la demanda; en estos casos, se advierte un tratamiento diferenciador por los operadores judiciales, teniendo en cuenta las peculiaridades, *verbi gratia*, para los familiares de quien es desaparecido por el Ejército o quien es asesinado y luego mostrado por las autoridades militares como un subversivo, les es muy difícil muchas veces determinar indicios de responsabilidad de las entidades estatales, puesto que sólo cuando avanzan las investigaciones penales se determina con alguna razonabilidad la vinculación de militares en el crimen. Esta situación la tuvieron presente las altas Cortes para afirmar que en casos de graves violaciones a los derechos humanos, y los falsos positivos es una de ellas (desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, etc.) no resulta aplicable el artículo 164 del CPACA, brindando así un tratamiento privilegiado a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, cediendo el valor de la seguridad jurídica a valores de tan cara importancia para la sociedad y empleando una metodología de ponderación, naturalmente

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-698 del 13 de diciembre de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia 2010 0017 801 de 2015.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-352 del 06 de julio de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.



apoyados en disposiciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁰; pero incluso, la Corte Constitucional ha ido mucho más allá, postura que rechazamos, en tanto atenta gravemente contra la seguridad jurídica y termina siendo excesiva, cuando amplió la caducidad en el caso de una menor asesinada en un CAI de la Policía, aplicando la doctrina de los “*hechos dudosos y circunstancias oscuras*”⁵¹, supeditando la Corte el ejercicio de la acción a la identificación del agente, cuando de suyo sabemos, que la falta frente a la responsabilidad del Estado es anónima, solo se requería determinar un nexo de imputación de la entidad con el resultado lesivo, y aquí era claro, que el homicidio se había presentado al interior de una sede de la policía, luego, no era necesario ampliar el término de caducidad, postura que naturalmente llaman a críticas en torno al papel de los jueces como sustitutos del legislador.

7.3. Tratamiento jurídico a los trabajadores.

Existen fallos que buscan igualar situaciones de desigualdad en las relaciones patrono-trabajador que la ley no ha previsto. Pese a que la ley no contempla una protección reforzada para el cónyuge o compañero permanente de la mujer embarazada o lactante a no ser despedido de su empleo, la Corte Constitucional fue más allá; y fue así como en sentencia **C-005 del 18 de enero de 2017** con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas, le concede protección reforzada al cónyuge o compañero, es decir, se equiparan uno y otro; o el caso de la aplicación del retén social a trabajadores del sector privado⁵², que ya se venía aplicando para el sector público y que antes de ser positivizado se había contemplado como una regla jurisprudencial, incluso para aquellos que poseen no una relación legal con el estado, sino una relación contractual (contrato de servicios)⁵³. Estos son eventos para los que no existe un

⁵⁰ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 07 de septiembre de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio G.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-659 del 22 de octubre de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos. Esta sentencia tuvo tres interesantes salvamentos de voto.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-638 del 16 de noviembre de 2016. M.P. Jorge Ivan Palacio.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-344 del 30 de junio de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.



soporte legal para la decisión, pero bajo una aplicación de principios y derechos fundamentales, propendiendo por no aplicar la ley bajo una simple igualdad formal⁵⁴, se contempló como excepción al despido injusto el que el trabajador conserve su empleo si es padre cabeza de familia, discapacitado o prepensionado, concediéndoles una protección jurídica reforzada, de modo, que según las leyes laborales, cualquier persona puede ser desvinculada de su trabajo; sin embargo, atendiendo las peculiaridades concretas de quien va a ser despedido, resulta absolutamente inicuo, bajo las anteriores circunstancias, que se le desvincule, así se le reconozca una indemnización si es un trabajador particular, porque con ello se pone en riesgo su mínimo vital, su dignidad, la subsistencia de su núcleo familiar y la propia, postura que paradójicamente ya había preludiado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en **sentencia del 25 de marzo de 2015** con ponencia de la magistrada Elsy del Pilar Cuello, en la que consideró a una trabajadora vinculada con contrato a término fijo y que se encontraba en estado de embarazo como sujeto de especial protección y amplió por vía judicial la vigencia del periodo pactado, extendiéndolo durante la gestación y hasta la finalización de la licencia de maternidad, así sobreviniera el plazo estipulado. Y decimos que es paradójica la decisión, porque la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, al igual que su Sala Civil, son los típicos jueces formalistas, hasta el punto, que muchos consideran que fallan en un sentido cuando lo hacen como jueces ordinarios y en otro diametralmente opuesto cuando lo hacen como jueces de constitucionalidad al ocuparse de las acciones de tutela; para la muestra se tiene la sentencia de la Corte Constitucional que anula la de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para concederle un fuero de estabilidad reforzada a aquellos trabajadores que por su estado de salud presentan dificultades para desempeñar sus obligaciones laborales en situaciones regulares.

⁵⁴ Son innumerables casos en los que la previsión normativa no regula la situación concreta, y por eso, muchas veces el operar va a la equidad, como una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta, la rectificación de la justicia legal en términos Aristótelicos, ***“la razón es que la ley es toda general, y en algunos casos no es posible hablar correctamente en general”***, y por eso encontramos sentencias que recortan o extienden el supuesto fáctico del precepto normativo, por ejemplo, la obligación alimentaria no solo es predicable de los padres hacia los hijos y viceversa, sino respecto a abuelos, bisabuelos y tatarabuelos, hipótesis que no está contemplada por la ley y sin embargo, la Corte Constitucional la extiende.



La anterior es la misma línea argumentativa en torno a la protección de las trabajadoras sexuales dispensada por la Corte Constitucional, cuando tuvo oportunidad de examinar el derecho a la igualdad de un grupo de personas que merece especial protección constitucional por ser tradicionalmente marginado y discriminado en razón a la actividad que ejercen, de la cual se derivan estereotipos negativos. Se trató del cierre de un establecimiento de comercio en el que ejercían su actividad a raíz de la aplicación del P.O.T.⁵⁵

7.4. Tratamiento jurídico en torno a las denominadas “ megapensiones”.

Hay situaciones en que la Corte Constitucional ha observado un tratamiento legal muy favorable para unas minorías y muy desfavorable para las mayorías, y como quiera que el legislador no las ha corregido, procede la misma Corte a hacer de legislador. Recuérdese el caso del límite al valor que puede alcanzar una pensión en Colombia para los servidores públicos. Según la ley no existían límites; sin embargo la Corte Constitucional en la **sentencia C-258 de 2013**, las delimitó en una cuantía no superior a los veinticinco salarios mínimos. La aplicación abstracta de la ley sin la referencia a principios axiológicos implícitos puede producir un resultado injusto; eso fue lo que advirtió la Corte Constitucional, al encontrar que las conocidas como “megapensiones” no solo desangraban el fisco, sino que hacían insostenible el sistema pensional y atentaba contra la igualdad; aquí se requería naturalmente de una alta dosis de “*Proairesis*”, de deliberación práctica, de elección, de reflexión previa a la decisión como una respuesta oportuna frente a una realidad que a todas luces requiere de una solución apremiante, pero que afecta grandes intereses, incluso, de la propia administración de justicia como se desprende de la reacción de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al rebelarse contra el fallo de la Corte Constitucional⁵⁶, y de que ésta a su vez revoque la del Consejo de Estado⁵⁷ o de decisiones proferidas por la Sala Laboral

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-736 del 30 de noviembre de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección primera. Sentencia del 02 de julio de 2015. C.P. Margo Antonio Velilla. Exp. 201304528101

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-615 del 28 de septiembre de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz.



de la Corte Suprema de Justicia, que consideran que la reducción de las pensiones de los congresistas no procede de manera automática⁵⁸.

En todos los casos citados lo evidente es que la legislación se rezaga o nunca puede regular todas las eventualidades de la vida, y por ello, es necesaria la intervención de los tribunales; mírese el caso de las consultas previas, que ha cobrado suma importancia frente a los proyectos de infraestructura o la actividad mineroenergética, que de una u otra forma, afectan derechos colectivos o de tercera generación y que carecen de una regulación mediante una ley estatutaria. Todo ello ha impulsado que la Corte Constitucional sea quien unifique conceptos e identifique características (SU-217 de 2017, C-035 de 2016, T-445 de 2016,), y en los cuales se enfrentan el derecho que tiene el Estado a explotar el subsuelo y sus competencias con las posibles afectaciones medioambientales que la industria extractiva puede aparejar.

7.5. Aplicación de la igualdad correlacional frente a parejas del mismo sexo y tratamiento penitenciario del indígena.

Como hemos visto, las leyes no son principios matemáticos válidos independientemente de su aplicación a la realidad, sino que son opciones regulativas contingentes, sin que naturalmente con ello digamos que el juez va a aplicar su particular criterio de justicia; por el contrario, en aras de la seguridad jurídica, debe proceder conforme unos criterios axiológicos objetivos, que finalmente nunca Aristóteles los define, pero que hoy en día los podemos reconocer como los derechos fundamentales y los principios constitucionales. Ellos serían el complemento objetivo a la aparente abstracción que representa la equidad, en tanto que también integran el ordenamiento jurídico como mandatos de optimización, porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible. Aunque Aristóteles no podía haber preludiado los derechos fundamentales como criterio correctivo en la aplicación del derecho, si anticipó metaprincipios constitucionales, como el de **proporcionalidad o de igualdad correlacional**, es decir, un mecanismo de “*rectificación de la ley allí donde resulta*

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 26 de febrero de 2014. M.P. Elsy del Pilar Cuello.



defectuosa en razón de su generalidad⁵⁹, y por eso encontramos sentencias como las que reconocen los derechos entre parejas del mismo sexo, entre ellos la facultad de contraer matrimonio, buscando corregir la desigualdad frente a las minorías como presupuesto de la democracia, al advertir un déficit de protección para estas personas por parte del Código Civil (Art.113), confiriendo plena validez a los matrimonios civiles celebrados con posterioridad al 20 de junio de 2013⁶⁰; igual situación correctiva se observa en las múltiples decisiones de la Corte Constitucional que al margen de la norma que regula el tema carcelario en Colombia, ha considerado que los miembros de las comunidades indígenas deben recibir un tratamiento penitenciario distinto al común de las personas⁶¹, y obliga al Estado a crear pabellones que discriminen positivamente a estas comunidades; es la aplicación del **principio de enfoque diferencial**, que advierte al juez para que no agote el derecho en la formalidad de las normas puesto que, con todo y ello, atentan contra valores supremos que el legislador no ha corregido; en tal caso el juez está obligado a aplicar complementos jurídicos que no deben ser entendidos como sustitutos: “ *Por consiguiente, cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto – allí donde el legislador resulta incompleto o yerra para hablar en general- rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo.*”⁶². Así por ejemplo en el caso de los miembros de las comunidades étnicas que son llevados a una prisión ordinaria, la Corte Constitucional advirtió que ello negaba la identidad cultural de los pueblos indígenas, porque el sistema carcelario debe tender a proteger las diversas cosmovisiones de reclusión que cada uno de ellos detenta, en tanto la privación de la libertad en una cárcel común genera la pérdida de conciencia sobre los valores y rasgos propios y conduce a que la cultura occidental mayoritaria absorba a la indígena minoritaria, lo que propicia que los miembros de la comunidad indígena que han sido detenidos, terminen sometidos a las funciones de la pena que gobiernan para la cultura mayoritaria; así la Corte tutela los derechos de un miembro de la comunidad *Emberá-*

⁵⁹ Aristóteles, *Ética a ...* Op. cit., p. 178

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-214 del 28 de abril de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia T-642 del 04 de septiembre de 2014. M.P. Martha Sachica, en igual sentido, puede mirarse la sentencia T-921 del 05 de diciembre de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

⁶² Aristóteles. *Ética a...* Op. cit., p. 178



Chamí privada de la libertad en un centro de reclusión ordinario y dispone su traslado ante las autoridades del Resguardo Unificado del Río San Juan.

Nótese que se trata de fallos en los cuales se concede verdadero efecto normativo a la constitución, carácter que antes de 1991 siempre se le había negado, lo cual ha permitido hablar incluso de la constitucionalización del derecho, es decir, que ya los distintos ámbitos del derecho, como el campo penal, civil, administrativo, laboral, etc. se deben mirar siempre en clave constitucional, bajo el entendido de que las normas de esos ámbitos jurídicos inferiores a la Constitución, no pueden convertirse en restricciones axiológicas excesivas o ilimitadas de derechos fundamentales o principios constitucionales.

7.6. De la aplicación del concepto de “exceso ritual manifiesto”.

Como se recordará, la gran preocupación de Aristóteles, es el exceso formalismo en la aplicación de la ley, que puede conducir a graves injusticias, y a tono con esa preocupación, que siempre ha preocupado al pensamiento jurídico, en unas épocas más que en otras, pero que ya se perfilaba en el pensamiento aristotélico, se ha venido desarrollando jurisprudencialmente una tesis, denominada, como **“Exceso ritual manifiesto”**⁶³, caracterizado como un defecto procedimental en una decisión judicial y/o administrativa, que se sustenta en el desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en este último evento, por obstruir el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, tesis que a mi modo de ver, es de una iluminadora claridad para la labor jurisdicente, porque pese a todos los avances que ha tenido la teoría del derecho, la filosofía del derecho, la teoría de los derechos fundamentales, la argumentación jurídica, el derecho constitucional, en la aplicación del derecho, aún pareciera que somos tributarios del pensamiento jurídico decimonónico según la cual “aunque la ley sea injusta es la ley”. En muchas sentencias, la Corte Constitucional reclama

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia SU-774 del 16 de octubre de 2014. M.P. Mauricio González y la sentencia SU-454 del 25 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz.



de los jueces superar formalismo y piden aplicar el derecho sustancial, restándole importancia al formalismo procesal y privilegiando el valor justicia.

7.7. La aplicación del principio de proporcionalidad.

La virtud de por sí implica una cierta medida, un orden entre el exceso y el defecto, y Aristóteles trata de objetivar esa virtud mediante la regla del término medio, situándola en la mitad entre **dos vicios**, uno por exceso y otro por defecto: *“hay que asumir que en todo lo continuo y divisible hay exceso, defecto y término medio y esto en relación con otro o en relación con nosotros, el término medio entre la irascibilidad y la indolencia es la apacibilidad, entre la vanidad y la pusilanimidad es la magnanimidad, entre la picardía y la simpleza es la sensatez”*⁶⁴. Ese justo medio lo define el hombre sabio y prudente; así entonces, la regla del término medio, es la que nos conduce a la virtud ética, como quiera que todos los extremos resultan viciosos: *“la virtud Ética, es el habito de decidir bien, y conforme a regla, entendiendo por tal, el apuntar al termino medio optimo entre dos extremos”*⁶⁵, y de ese justo medio en lo que tiene que ver con la justicia surge la **proporción**, que obviamente no es un concepto aritméticamente perfecto: *“lo justo de esta especie es un medio entre extremos que sin esto no estarían ya en proporción, porque la proporción es un medio, y lo justo es siempre proporcional”*⁶⁶. La labor del juez consiste igualar las cosas conforme ese justo medio: *“Se busca un juez que ocupe el medio entre las partes, y a veces se da a los jueces el nombre de mediadores, como si estuviéramos seguros de haber encontrado la justicia, una vez que hemos hallado el justo medio. Lo justo, pues, es un medio, puesto que el mismo juez lo es.”*⁶⁷

Surge a partir del justo medio el principio de proporcionalidad, que aspiramos desarrollar en boca de la Corte Constitucional, pero que Aristóteles preludió magistralmente; nótese que el principio de proporcionalidad es una directriz de aplicación justa en el derecho y es aplicada

⁶⁴ ARISTOTELES, *Ética Eudemia*. Madrid : Alianza Editorial 2002. Págs. 70 yss.

⁶⁵ ARISTOTELES. *Ética a ...* Op. cit., p. 166

⁶⁶ ARISTOTELES. *Ética a ...* Op. cit., p. 136

⁶⁷ ARISTOTELES. *Ética a...* Op. cit., p.137



muy especialmente en la esfera del derecho administrativo y el penal. Aristóteles dedica un capítulo al hecho de que la reciprocidad o el talión no puede ser la regla de justicia, planteamiento que obedece a una concepción de la igualdad no meramente mecánica, sino sustancial, concepto éste último acogido por la Corte Constitucional.

El Estagirita con la idea del fundamento político de este principio, señala que “El Estado no subsiste sino merced a esta reciprocidad de servicios, que hace que cada uno vuelva proporcionalmente lo que ha recibido”⁶⁸

El principio de proporcionalidad como aplicación práctica es una herramienta fundamental para el juez constitucional y el servidor de la administración que tiene la noble tarea de ejecutar políticas públicas. Para el caso, sólo tomaré como ejemplo paradigmático de la aplicación de ese principio, algunas decisiones de la Corte Constitucional, tanto por vía de tutela como por vía constitucional.

Me interesa mirar el principio de proporcionalidad como un límite al desarrollo y efectos de la investigación penal, porque no todo le está permitido al Estado, cuyo límite fundamental es el respeto a los derechos y garantías del ciudadano y me interesa toda esta problemática a la luz del derecho penal, porque es en éste ámbito donde se vive de manera más patética la relación de autoridad entre el Estado y el ciudadano, lo cual no quiere decir, que no se presente en otros ámbitos del derecho.

El principio de proporcionalidad cobra importancia, porque los derechos y garantías fundamentales pueden hallarse en tensión con otros fines del Estado o con otros derechos, cuando nos enfrentamos a situaciones concretas como la afectación de la libertad de abandono a través de las medidas de aseguramiento de tipo personal o las intervenciones corporales que pueden afectar la intimidad, la dignidad humana, la integridad física, la libertad personal, la libertad de palabra hablada, en fin, amplios espectros de la personalidad, de manera, que en tales casos, se exige la ponderación como método de interpretación judicial

⁶⁸ ARISTOTELES. *Ética a ...* Op. cit., p. 139



general⁶⁹, y que en términos aristotélicos sería buscar el justo medio: “ *el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma del derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesaria una ponderación* ”⁷⁰, justo medio en el que tiene particular aplicación el concepto de *sophrosyne*.

La ponderación es uno de los temas sobre los que más se ha discutido en el universo del derecho, oscilando entre dos posiciones aparentemente antagónicas, unas que sostienen en el marco del neoconstitucionalismo una concepción del derecho fundamentada en la nomoárquica o principialística y una segunda corriente, más tributaria del derecho positivo o por reglas, que en cierta medida, limitan sustancialmente la razón práctica en la decisión del caso, sin embargo, decimos que estas posiciones son aparentemente antagónicas, porque en la praxis judicial, cuando el juez falla no lo hace exclusivamente de la orilla de los principios o de la orilla de las reglas, siempre existe una dosis de interpretación, de deliberación práctica en términos aristotélicos (un ejercicio de la razón en relación con fines y valores).

El principio de ponderación, proporcionalidad o balanceo es de empleo frecuente ante jueces constitucionales, en los cuales existe una tensión entre derechos o principios, *verbi gratia*, determinar en un momento dado, si prevalece el derecho a informar sobre la protección a la vida íntima, súmese a ello, si la persona que reclama la protección a la intimidad es un servidor público; el fin de buscar la verdad en el proceso y la confidencialidad de las comunicaciones, súmese a ello, si a quien se le intervienen sus comunicaciones goza de una inmunidad o fuero propio del sigilo profesional, por ejemplo, es el contador, médico abogado

⁶⁹ GONZALEZ CUELLAR, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Edit. Colex. 1990, en Colombia el tema se aborda entre muchos autores, por el profesor BERNAL PULIDO, Carlos. “ *El principio de proporcionalidad de la legislación penal*” En : “ *El derecho de los derechos*”. Bogota: Edit. Universidad Externado de Colombia. 1995.

⁷⁰ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Pág. 112.



defensor del acusado, nótese, que aquí observamos una serie de derechos fundamentales en pugna o contraste, y como mandatos de optimización, la teoría jurídica contemporánea se valió del metaprincipio de proporcionalidad, que naturalmente, Aristóteles no diseñó de tal manera, pero sembró la semilla como hoy se le conoce, porque hoy en día, ese principio último, se divide en tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; el primero **(i)** entendido como que la medida que limita un derecho, que también goza de valor constitucional, para satisfacer otro de mayor peso iusfundamental, debe ser idónea para obtener un fin válido constitucionalmente hablando, **(ii)** debe ser esa medida necesaria, en virtud de que si es probable alcanzar ese fin mediante otro medio menos lesivo, la medida debe ser desechada, nótese aquí el valor de Aristóteles, cuando todo su constructo gira en torno a la relación medio – fines, y por último, **(iii)** el principio de proporcionalidad en sentido estricto, tiene que ver con la optimización de ese principio al que se le da prevalencia, en relación con las posibilidades normativas, esto es, que no se afecten derechos o principios de mayor peso.

Es así como la Corte en sentencia C-1410 de 2000 con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz desarrolla el principio de proporcionalidad, dividiéndolo en tres subprincipios:

“ tres conceptos parciales : la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes ”

Esa es precisamente un acto de deliberación entre medios y fines, *verbi gratia*, cuando un juez de control de garantías, debe elegir entre privar a una persona de su libertad en un centro carcelario o disponer la detención domiciliaria, u ordenar la libertad, hace un cálculo entre fines y medios, y por virtud de ello, la Corte Constitucional en sentencia C-774 del 25 de Julio de 2001, erradicó toda una muy perniciosa tradición jurídica aplicada durante toda la historia republicana, y era cómo para disponer la detención preventiva de un ciudadano, ya no sólo debía examinarse que una norma contemplara tal medida para ciertos delitos, por ejemplo, delitos con pena privativa de la libertad superior a cuatro (4) años, sino que **era**



necesario realizar una labor deliberativa, a efectos de establecer, si para ese caso concreto, la finalidad de la detención preventiva se cumplía, es decir, era necesario examinar si esa persona que presuntamente había cometido un delito con pena superior a cuatro años (4), en libertad pudiera (i) eludir la acción de la justicia; (ii) alterar los medios probatorios o (iii) generar peligro para la comunidad o la víctima⁷¹, y de esta manera, realizar una labor de ponderación entre medios y fines, para determinar, si la detención en un sitio carcelario es el medio idóneo, necesario y proporcional⁷² para satisfacer ese fin, o por el contrario, otra

⁷¹ Por ello no es de sorprender hoy en día que muchos casos polémicos, pese a su gravedad y que la opinión pública advierta con cierto estupor y desazón que el imputado recobra la libertad después de llevarse a cabo la audiencia de imputación, ampliamente publicitada por los medios de comunicación, y ello tiene su razón de ser, que pese a tratarse de un delito, por ejemplo, de corrupción, existen suficientes elementos de juicio que permiten inferir que la persona no evadirá la administración de justicia, porque en Colombia tiene suficiente arraigo, esto es, en el país tiene su empleo, su núcleo familiar, carece de recursos económicos para trasladarse a otro país; igualmente, no existe riesgo de que altere la prueba, porque ésta ya ha sido recopilada por la Fiscalía General, y por último, no se presenta peligro de reiteración delictiva, porque los hechos deducidos como delictivos se cometieron en razón de su cargo público, y actualmente, carece de toda relación laboral o contractual con el Estado, nótese, que aquí se sopesa, se hace una ponderación de fines y medios, buscando qué medio es más idóneo para impedir que se presente una de las tres circunstancias señaladas, siempre teniendo como norte que la persona se presume inocente, igualmente, se hace un juicio de necesidad o suficiencia, y por último se hace un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es la mejor moderación en la elección, en la cual existe una correlación de medio a fin, es lo que Aristóteles denomina como *sophrosyne*.

⁷² La idoneidad mira con el hecho de que la medida sea adecuada para alcanzar la finalidad perseguida, es un principio de utilidad. De manera general, se establece que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida restrictiva, por ejemplo, que la detención en su lugar de residencia, sea idóneo para contrarrestar el peligro que se quiere evitar con esa persona en la calle. El subprincipio de necesidad, significa que cuando no se tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención, si el medio puede ser sustituido por otro menos gravoso, por ejemplo, en las intervenciones corporales, basta con una toma de rayos X para determinar si una persona lleva consigo droga, y no es necesario realizar una cirugía, porque aquí se examinan los efectos secundarios perjudiciales que pueda generar el medio y por último el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en el que se trata de ponderar, de equilibrar la balanza de dos intereses en conflicto, aquí resulta de vital importancia el justo medio aristotélico, de un lado, las exigencias constitucionales de administrar



medida como la detención domiciliaria, o las presentaciones periódicas ante la autoridad judicial serían medios aptos para alcanzar ese fin, así entonces, se requería un alto ejercicio de *phrónesis* y de equidad, en tanto se busca aplicar la justicia para el caso concreto, ello creó hace ya más de una década un verdadero cisma en la aplicación del derecho, especialmente porque la cultura jurídica no estaba preparada para deliberar, simplemente, su labor era meramente de subsunción, una labor que en cierta medida no exige la contemplación de opciones diferentes a la solución legal, y la solución legal era sencilla, se contemplaba un inventario de delitos frente a los cuales el legislador previó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, y solo bastaba cotejar la conducta delictiva imputada con la disposición legal, para disponer automáticamente la privación de la libertad del ciudadano, sin embargo, la Corte Constitucional hizo un análisis propio de la deliberación práctica, se sustrajo a la literalidad de la ley, y la examinó a la luz de los valores que buscaba amparar la figura de la detención preventiva, y luego, procedió a aplicar una metodología de medios – fines y de proporcionalidad entre ellos, pero recordemos lo dicho por la Corte Constitucional:

“Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

justicia y, del otro, aquellos que se sitúan en la esfera de la individualidad y que son catalogados por la misma Constitución como derechos fundamentales, la pregunta que se debe hacer el operador jurídico, es, en este caso, la relación entre medio y fin, debe admitir una medida proporcional, en tal caso, la medida que estoy aplicando es proporcional?, el destinatario de la medida o medio empleado ha de soportar un sacrificio desmedido, no razonable, hay que ponderar los bienes e intereses colectivos, *verbi gratia*; resulta razonable que para indagar por las condiciones económicas en un delito de inasistencia alimentaria afectemos la intimidad y la libertad de palabra hablada mediante una larga y prolongada interceptación telefónica?, obviamente, que la medida es desproporcionada, teniendo en cuenta, que el delito es de escasa gravedad, y en tal evento, prevalecería un derecho fundamental tan caro como lo es la intimidad sobre los fines de la investigación, que incluso se pueden lograr a través de otros medios.



“La presente limitación en la procedencia de la detención preventiva, de acuerdo con los mandatos constitucionales, ha sido reconocida como norma rectora en el nuevo Código de Procedimiento penal, cuando en su artículo 3° inciso 2°, sostiene: “...La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad...”, mandato constitutivo del procesamiento procesal penal, de acuerdo con el artículo 24 del nuevo Código de Procedimiento Penal, quien otorga prevalencia a las normas rectoras sobre las demás disposiciones del código, al señalar que: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”. (C-774 del 25 de Julio de 2001) ⁷³

Paradójicamente, a partir de la expedición de la ley 906 de 2004, aquello que se había creado mediante un ejercicio de *phronesis* en la aplicación de la detención preventiva del ciudadano,

⁷³ Ahora bien, ese ejercicio de *phrónesis* que aboga por la lenta mediación de la deliberación, que no busca conclusiones precipitadas, que busca escoger el menor mal de entre varios y alcanzar el justo medio, comenzó a desarrollarse desde el año 2001 por la Corte Suprema de Justicia, cuando en **sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil uno (2001), proceso 16.955**, que tuvo como magistrado ponente al doctor Carlos E. Mejía Escobar, se empezó a acoger la doctrina constitucional impuesta por la Corte, esto es, analizar caso por caso y emprender un juicio de proporcionalidad respecto a si en tal evento con los medios que se poseen se alcanzan los fines de la detención preventiva, posición luego avalada **sentencia del 17 de enero de 2002, cuyo magistrado ponente fue el doctor Fernando E. Arboleda Ripoll**. En iguales términos se reitera el alto Tribunal de lo penal, en auto del **19 de Febrero de 2002. M.P. Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda**. Y luego en **auto del 10 de Octubre de 2002. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón**, este avance jurisprudencial, dio lugar a la previsión en el nuevo código de procedimiento penal, es decir, de lege data, de los criterios a examinar en cada caso concreto para establecer si una persona puede evadir la acción de la justicia, destruir la prueba o generar peligro para la comunidad, criterios que son los que debe aplicar el Juez de Control de Garantías y hoy en día, es un lugar común, que dicho análisis se realice por todos los jueces, y de no hacerlo, se generaría una nulidad de la actuación procesal, sin embargo, pensábamos que con todo este desarrollo legal y jurisprudencial, la libertad debiera ser la regla general, la realidad muestra algo muy distinto y es cómo la privación de la libertad aún hoy continúa siendo la regla general, por ello, en la **sentencia T-276 del 25 de mayo de 2016 con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt**, la Corte Constitucional, retomando recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) hace un fuerte llamado a los jueces de la república y al Consejo Superior de Política Criminal para que busquen privilegiar la libertad sobre su restricción y en ese marco se expide la Ley 1760 de 2015 que fija límites a la duración de la detención preventiva.



se debió positivizar⁷⁴, incluso, se elevó a la categoría de norma rectora, bajo la imperiosa necesidad de que el operador jurídico en su labor jurisdicente, se ciña a **“ criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”** – Cfr. Art. 27 Ley 906 de 2004 - , pareciera un artículo redactado por el mismo Aristóteles, especialmente, cuando teoriza en torno a la equidad como fórmula correctiva, sin ignorar la legalidad, que en Aristóteles sería la “ justicia legal”, pero recordando cómo la equidad, en términos aristotélicos tendría como propósito i) mostrarle al juez su necesaria misión valorativa en la aplicación de la ley, con la cual debe superar el simple método silogístico, porque allí se involucran otros bienes jurídicos; ii) permitirle mediante la equidad, corregir el rigor de la ley cuando se advierta que la simple y mecánica aplicación de la ley conduciría a una solución injusta y por ello, que los Tribunales constitucionales y luego los ordinarios, hayan construido la figura del “ Exceso ritual manifiesto” ya explicado líneas atrás, y por último, la iii) equidad le servirá al juez para orientarlo frente a lagunas jurídicas, en tanto, como lo destaca Aristóteles, ***“ el error no reside en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de las cosas: tal es la materia de la conducta”***⁷⁵, significa ello, que la realidad es infinita, mientras la descripción normativa simplemente tiene posibilidades finitas, por ende, la necesidad de hacer de legislador, entendida la sentencia como una ley que se expide para las partes; *“ Por consiguiente, cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto – allí donde el legislador resulta incompleto o yerra por hablar en general – rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera,*

⁷⁴ “ Ley 906 de 2004.

Art. 308º. – Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando...se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”

Y los artículos subsiguientes desarrollan cuándo se considera que existe obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y no comparecencia.

⁷⁵ ARISTOTELES, *Ética a...* Op. cit., p. 177



si estuviera presente, y habría legislado de saberlo”⁷⁶, es precisamente, la antípoda a la “**Plenitud hermética del derecho**”, es una realidad inocultable, que no solo el legislador es falible; además porque no sólo las realidades para las cuales se legislan cambian históricamente, sino que en muchos casos, la norma por su abstracción y generalidad no capta los finos detalles de la conducta a ser subsumida, luego, es necesario llenar el vacío normativo y esa necesidad de hacer de legislador, hoy en día viene a ser bastante polémico, especialmente, cuando los jueces crean derecho.

Y en esta labor, de aplicación del derecho, cuando se trata de restringir derechos fundamentales, ora la libertad personal mediante la detención preventiva como acabamos de ver, o en el caso de las injerencias en la persona, a través de los distintos actos de investigación penal que comportan una afectación a derechos y garantías ciudadanas, adquiere vital importancia la *aisthesis*, sobre todo para sobre todo para aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al elegir la decisión correcta, especialmente, cuando se trata de registros y allanamientos al domicilio, la interceptación de comunicaciones, la búsqueda selectiva de datos, análisis e infiltración de organizaciones criminales, actuación de agentes encubiertos, inspecciones corporales, obtención de muestras que involucren al ciudadano-imputado, es decir, una serie de actuaciones que en pro del fin hallazgo de la verdad en un proceso, correlativamente afectan derechos sensibles como la dignidad humana, la integridad física, el amparo domiciliario, la autodeterminación informativa, la libertad de palabra hablada, la intimidad personal, la libertad, etc. y entonces, surge la necesidad de que los jueces y fiscales, en diferentes etapas del proceso, desplieguen un ejercicio de *aisthesis*, combinado con la técnica de ponderación, que en últimas envuelve el ejercicio de *prhónesis* tal como lo planteó la Corte Constitucional desde los inicios en que revisó la exequibilidad de las disposiciones que contemplan este tipo de actuaciones por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)⁷⁷.

⁷⁶ ARISTOTELES, *Ética a ...* Op. cit., p.178

⁷⁷ C-822 de 2005, C-673 de 2005, C-1092 de 2003, SU 159 de 2002, T-453 de 2005, C-591 de 2005, y C-789 de 2006, C-1154 de 2005.



También encontramos cómo se acude en ocasiones a la desproporcionalidad que significaría la aplicación lata de la ley al caso concreto, y los jueces prefieren apartarse del texto de la ley, para acudir a ese metaprincipio y darle un sentido a la ley, mírese la hipótesis en que la ley ha previsto que no es posible obtener la libertad condicional si el condenado no ha indemnizado en su totalidad a la víctima, sin embargo, tenemos el caso de las personas de escasos recursos, que obviamente carecen de la capacidad para indemnizar a su víctima, lo cual significaría que debieran continuar privados de la libertad hasta finalizar el término de la condena, no por capricho propio sino a raíz de una deficiencia estructural como lo es su pobreza, creando así la ley una solución injusta para el caso concreto porque termina privilegiando a quienes poseen bienes y riqueza para indemnizar, caso típico en el que la equidad en los términos Aristotélicos debe intervenir, y así lo hizo la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia de Tutela STP-65782016(85888) del 19 de mayo de 2016, con ponencia del magistrado José Luis Barcelo, anuló lo decidido por los jueces de instancia que negaban la libertad condicional fundamento, porque consideró a la ley en el caso concreto de la persona que carece de recursos económicos, como desproporcionada.

7.8. La tesis de la carga estática y dinámica de la prueba en la responsabilidad médica o por servicios asistenciales.

La carga procesal como género en el cual podemos ubicar el término “carga de la prueba” se puede definir como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él⁷⁸, y desde el punto de vista probatorio, mira con cuál de las partes tiene el imperativo de demostrar sus aserciones fácticas, esto es, las afirmaciones a instancias del demandante o las excepciones por parte del demandado y la definía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las*

⁷⁸ CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. *Teoría General del proceso*. Bogotá : Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Pág. 372.



afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. De manera que si yo hago una afirmación de un hecho objeto de prueba, soy yo quien tengo la carga de demostrarlo en el proceso, esa es la regla contemplada por todas las legislaciones durante toda la historia jurídica colombiana, aplicado tanto en el campo civil, como en el derecho laboral, administrativo, penal, y si no satisfago oportunamente esa carga, obviamente que la decisión judicial será desestimatoria de mis pretensiones.

Ahora bien, como el tema en el cual nos vamos a ocupar de cara a lo que puede entenderse como una aplicación práctica de la *phrónesis* y la equidad explicada por Aristóteles, es el de la carga de la prueba en los procesos que por responsabilidad médica se adelantan actualmente, hemos de destacar cómo el consejo de Estado hasta el año 1990 fundamentó la responsabilidad médica en la teoría de la falla del servicio probada, a saber, el demandante, en este caso el paciente, tenía la carga de demostrar que el servicio público asistencial, no funcionó, funcionó tardía o irregularmente⁷⁹, que la conducta así cumplida u omitida causó un daño y la relación causal entre aquella y el daño. Es decir, tenía la carga de demostrar un elemento fundamental cual era la falla del servicio; esto es, que la institución médica o el galeno habían actuado de manera negligente, imprudente, imperita o con violación de reglamentos, finalmente que se presentó una mala praxis médica.

Posteriormente, y con el fin de flexibilizar el rigor de la ley, que ya acabamos de señalar en qué consistía, el Consejo de Estado, Sección Tercera, comienza a advertir las desigualdades

⁷⁹ Este fue el fundamento de la responsabilidad subjetiva del Estado, acogido por la Corte Suprema de Justicia y luego por el propio Consejo de Estado, siguiendo para ello a Paul Duez, y que hoy en día avanza, para entenderlo como una “ ***violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado...ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado***” (HENAO, Juan Carlos. “ La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés” En: Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Tomo II. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003. Pág. 62)



que genera en contra del paciente la aplicación estricta del canon 177 del C. de P. C⁸⁰., porque en toda relación jurídico procesal, hay una parte débil, quien se halla en incapacidad de probar ciertos supuestos de hechos, que en este caso sería el paciente, y esa dificultad surge porque el paciente generalmente desconoce el medio médico, quien posee los conocimientos especiales (técnicos y científicos) sobre lo que constituye la práctica médica es el galeno y por lo mismo, quién mejor que él para brindar las explicaciones de un resultado defectuoso, igualmente, las intervenciones quirúrgicas se realizan en la privacidad y por lo general el paciente se encuentra inconsciente, así mismo, existen intereses institucionales y personales que obviamente evitarán a toda costa que el paciente demuestre el supuesto de hecho, *verbi gratia*, son los hospitales quienes poseen la historia clínica y toda la información, no el paciente, etc., así entonces, se creó una regla de derecho por vía jurisprudencial, ya no legal, como una fórmula de corregir la supuesta injusticia que podía generar la citada preceptiva, y era presumir la falla del servicio en el médico o institución, de manera, que el demandante se exoneraba de demostrar la mala práctica médica, y en tal caso, se invertía la carga de la prueba, correspondiéndole al profesional de la medicina demostrar, con todos los recursos a su alcance que actuó de manera diligente, cumpliendo los protocolos médicos, observando la deontología de su profesión y la *lex artis*, etc,

“La prueba de diligencia para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó un atención adecuada”.

“Refiriéndose al cumplimiento de la obligación del médico, la doctrina señala que dicha prueba consiste en «demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es, la serie de actos (llámese los medios, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió que estudió la historia y particularidades del paciente , que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado, por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y

⁸⁰ Es importante destacar que el grueso del corpus del derecho administrativo, ha sido una creación judicial, lo que se denomina un derecho pretoriano, porque en la gran mayoría de eventos no existe una regulación legal expresa que resuelva el caso, de modo, que han sido los tribunales de cierre quienes han creado unas subreglas judiciales, *verbi gratia*; toda la teoría de la responsabilidad del Estado.



experimentado; que reclinó al enfermo en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio ; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones para ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc. Véase como todos estos actos son precisos y determinados, previstos por el arte médico, según el caso ”⁸¹

Luego los Consejeros advirtieron que con esta tesis de la presunción de falla del servicio, igualmente, se generaba una injusticia más grave que la que pretendieron enmendar mediante la creación de una regla jurisprudencial, pero al fin y al cabo, regla, porque no en todos los casos, quien tenía mayor facilidad de probar la ausencia de la falla médica era el personal asistencial, en muchos eventos, lo era el paciente (por ejemplo frente a los cuidados posoperatorios), de manera entonces, que era necesario mirar caso por caso, nuevamente la formulación general y abstracta debe ceder a la contingencia de la realidad, como decía Aristóteles, “ *Con que ésta es la naturaleza de lo equitativo: una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad*”⁸², y crear una solución alterna, distinta a la consagrada por la ley dictada por el legislador y distinta a la planteada en forma de regla por la jurisprudencia, y se aplicó el concepto de **carga dinámica de la prueba**, ya no el concepto estático, de manera que la falla del servicio debe hacerse con fundamento en el caso concreto, sin aplicar una regla general, se concede una cierta amplitud al fallador para determinar en cada caso, quién tiene la obligación de demostrar el supuesto de hecho, fundamento que se encuentra en la **decisión del 10 de febrero de 2000**, exp. 11878, y allí se expuso cómo la inversión de la carga de la prueba se originó en el postulado de las cargas probatorias dinámicas, que procuran aplicar la equidad, conforme a las normas constitucionales, aspecto que podría originar la inaplicación del artículo 177, del Código de Procedimiento Civil, luego, la noción de carga de la prueba pierde su protagonismo rígido, bien sea en su concepción clásica o en la inversión para centrar el punto de atención en la justicia del caso. Y así se pronunciaba uno de los consejeros de Estado al Respecto; “...No

⁸¹ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 3 de febrero de 1995, expediente No. 9142. Consejero ponente doctor CARLOS BETANCUR JARRAMILLO.

⁸² ARISTOTELES. *Ética a...* Op. cit., p. 178.



obstante, dijo [se refiere a la decisión proferida por el Consejo de Estado el 10 de febrero de 2000, expediente 11878] que la aplicación del régimen de falla presunta en todos los casos de responsabilidad derivada de la prestación del servicio médico asistencial ha puesto en peligro su propio fundamento, dado que en realidad no todos los hechos relevantes para establecer si las entidades públicas demandadas obraron debidamente en la prestación de dicho servicio, tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, entonces, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. En algunas situaciones será, sin duda, el paciente quien se encuentre en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la conducta de la entidad respectiva. Y allí se encuentra, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible, agregó el Consejo, ante el recurso obligado al régimen citado, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio “.

“Así las cosas, el régimen de presunción de falla del servicio, entendido como una regla general, fue desechado en este caso, lo cual podría indicar que, como régimen general, no resulta aplicable en la totalidad de los eventos de responsabilidad por daños causados en la prestación del servicio de salud. En éstos, conforme al pronunciamiento que acaba de citarse [el del 10 de febrero de 2000, Consejo de Estado, expediente 11.878], será el juez quien deba establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar la falla que produjo el daño cuya indemnización se reclama, de manera que las cargas probatorias podrán invertirse, eventualmente , dadas las condiciones especiales del caso, sin que de ello pueda resultar una regla de aplicación general”⁸³.

Nótese, entonces, que el Consejo de Estado funda la sentencia que aplica la carga dinámica de la prueba, en la equidad, que siguiendo a Aristóteles, sería lo justo que va más allá de la ley, porque la ley era la regla de la carga estática, sea bajo el régimen de falla probada o falla

⁸³ HERNÁNDEZ, Alier Eduardo, “Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Colombiano” En : Revista de la facultad de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, Derechos y Valores, Bogotá, D.C., Volumen IV, No. 8, pág. 113, diciembre de 2001.



presunta, pero finalmente, en alguien radicaba la carga de la prueba de forma petrea, pero ante la tensión de la generalidad abstracta de la ley y la singularidad concreta de cada caso de responsabilidad médica, se debe adaptar esa fórmula general a la realidad, de tal manera, que el juez será quien en cada caso, decida quién se encuentra en mejor posibilidad de demostrar, así entonces, la elección tiene un carácter esencialmente práctico, y será la prudencia del juez acompañado de la *aistesis* y la *sophrosyne* la que defina si es el médico o el paciente quien tiene la carga de la prueba y no una ley como lo hacía el 177 del C. de P. C., de esa manera se rectifica el justo legal.

Obviamente que la tesis del Consejo de Estado ha generado discusiones no en torno a la aplicación de la equidad como fórmula para resolver las desigualdades y la abstracción de la ley, sino a la posible vulneración del derecho de defensa para una de las partes, porque conforme el planteamiento del alto Tribunal de lo contencioso Administrativo, sólo al momento del Juez proferir la sentencia será en que se defina quién tenía mayores facilidades de probar el supuesto de hecho, cuando de suyo, por lealtad con las partes, se les debía convocar a una audiencia preliminar al inicio del proceso, conforme se hace en otras latitudes (E.E.U.U.) y expresarles de quién espera el Juez que le demuestre un supuesto fáctico determinado, en este caso, de quién esperaría que le demostrara la falla en el servicio o su ausencia, por que si nada se les dice a las partes, éstas terminan sorprendidas, en tanto lo que el juez observa como una carga procesal la parte lo toma como una simple estrategia de defensa, y entonces, lo que era una fórmula equitativa, finalmente por seguridad jurídica, se positivizó, y así fue como en el Código General del Proceso, aplicable por integración a las demás áreas del derecho, en lo que no se halle regulado por las codificaciones propias, se contempló⁸⁴.

⁸⁴ Art. 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar



7.9. La atipicidad de la conducta delictiva de “ Porte de estupefacientes” frente al adicto.

Uno de los hechos sociales de mayor trascendencia histórica para nuestro país ha sido el tráfico de estupefacientes, por lo mismo que se le considere una conducta digna de represión penal, sin embargo, la otra cara de la moneda reside en el adicto, quien ha llevado la peor parte de la represión penal, porque si bien el Estatuto Nacional de Estupefacientes (Art. 2º. Ley 30 de 1986), contempló la figura de la dosis personal de estupefacientes como un hecho que se marginaba de la cualificación de la conducta como delictiva; entendida la dosis personal como aquella que es requerida por el procesado para su propio consumo⁸⁵, fue el legislador quien fijó desde aquella época unos límites máximos a la “ dosis personal”, así, una cantidad que no exceda de veinte (20) gramos para marihuana; marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína un (1) gramos, y de metacualona que no exceda de dos (2) gramos, lo que estuviere por encima de ese límite, pese a la comprobada adicción del portador, constituía conducta delictiva y la persona muy probablemente sería condenada por ello.

El legislador estableció un marco y límite a la dosis personal, sin consideración a las peculiaridades de cada caso, en tanto, cada persona tiene un grado de tolerancia diferente, luego, la dosis con la cual una persona pueda satisfacer su adicción puede ser un gramo de

en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código”.

⁸⁵ Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994.



cocaína, otra requiere, porque así se lo exige su fisiología, mucho más de un gramo, y así funcionaron las cosas hasta que los Jueces comenzaron a advertir la injusticia de la generalidad de la ley y procuraron acudir a la justicia del caso concreto, a las circunstancias particulares que fijan el sentido del mandato general⁸⁶ y fue entonces, cuando en el año 2014,

⁸⁶ Es la idea de equidad, planteada por Aristóteles, y luego continuada por los pensadores posteriores, sólo mírese a Ciceron, cuando en su libre de los deberes, muestra **cómo las circunstancias concretas definen los límites de los deberes**; “¿Y qué pensar de Agamenón, que, habiendo prometido a Diana lo más hermoso que hubiera nacido aquel daño en su reino, inmoló a su hija Ifigenia porque nada había nacido más hermoso que ella?. Era preferible no cumplir la promesa que cometer un crimen tan atroz. Luego alguna vez no deben cumplirse las promesas, como no deben devolverse los depósitos. Si alguien te ha confiado en plena lucidez de la mente la custodia de una espada y te la pide cuando está fuera de sí, es un crimen devolverla; el deber es no entregarla. Y si el que te ha entregado un depósito de dinero declara la guerra a la patria, ¿le devolverás el depósito? No lo creo, porque obrarás contra la República, que debe ser el principal objeto de tu amor. **Así pues, muchos actos que parecen por naturaleza honestos cambian de carácter por las circunstancias**; cumplir las promesas, observar los pactos convenidos, cuando lo útil se convierte en perjuicio dejan de ser honestos. Pero en torno a estas aparentes utilidades contrarias a la justicia, y que se cubren con la máscara de la prudencia, creo que ya he dicho bastante”. CICERON, Marco Tulio. **Sobre los deberes**. Edit. Tecnos. 1989. Pág. 178.

⁸⁶ Bien interesante como memoria histórica resulta traer a colación la **sentencia del 08 de julio del año 1991**, cuyo ponente era el magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, en la cual se negaba cualquier consideración a la individualidad concreta del adicto, para la Corte bastaba la formulación genérica de la ley y no se discutía más el asunto:

“Especial cuidado tuvo además el legislador en fijar el concepto de aquella "dosis" del usuario procurando que su descripción no resultara objeto de hesitaciones, señalando en el artículo 2o (literal j)) del estatuto, y a manera de "principio general" que es "dosis para uso personal" "la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo", restringiéndola para la marihuana a veinte (20) gramos, y para cocaína a "un gramo".

(...)

Enfrentando estos criterios dados con la situación de hecho que constituye el caso controvertido, tiénese que a pesar de demostrada la condición de adicta de la señora Corradine Torres, la cantidad tanto de marihuana como de cocaína hallada en su poder y cuidadosamente oculta, sobrepasa con amplitud los toques máximos indicados por el legislador como tolerables al adicto, pues la sustancia vegetal doblaba los veinte (20) gramos de marihuana señalados como dosis de uso, mientras que la cocaína superaba más de doscientas veces ese límite normativo.



es decir, casi treinta años después de vigencia de la Ley 30 de 1986, sólo vino la Corte Suprema de Justicia a trazar una línea jurisprudencial en la cual se tuviera en cuenta las particularidades concretas del procesado-adicto, de modo que se evaluara si pese a la conservación de una dosis superior a la personal, pudiera calificarse la conducta como atípica

Inadmisibile resulta entonces la sugerencia traída por la Delegada cuando razona que:

"La prevalencia de dicha condición ("simple consumidor"), frente a la aplicabilidad de las normas objetivas del estatuto, es contrastada con absoluta precisión por el censor, al anotar que el artículo 2o, inciso 3o, literal j) de la Ley 30 de 1986 señala que "No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleva consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea la cantidad" (negrillas fuera de texto). De esta manera a fortiori, si la cantidad que se lleva consigo es superior al límite de la dosis mínima pero con el fin de consumo, predomina tal condición (exclusión de narcotráfico), por hacer prevalecer la cantidad de adicción del sujeto que porta la sustancia. De esta forma, la drogadicción es una "conducta dotada de sentido" (antes que enfermedad), y por lo tanto no una simple conducta criminal (narcotráfico)..."

Conforme puede verse, el error de ese enunciado es manifiesto en cuanto además de partir de una "prevalencia" de la adicción sobre el factor cuantitativo, omite una valoración sistemática de los artículos 33 y 51 del estatuto frente al artículo 2o ibídem, ya que el concepto de dosis personal no solamente consulta la condición de adicto o consumidor en el agente, sino que apenas le tolera la tenencia dentro del límite legal cuantitativo para el tratamiento contravencional, sin llegar a crearle privilegios cuando excede ese margen de peso señalado frente a quien carece de las pretensiones de usuario, razón suficiente para comprender que el artículo 33 establezca dentro del concepto de delito la atenuante "Si la cantidad de droga excede la dosis para uso personal sin pasar ..." de los nuevos extremos que allí fija, de modo de hacer exacta la precisión de la jurisprudencia cuando agrega que "donde termina la dosis personal (letra j) del art. 2o) empieza a computarse lo relativo a esta diminuenté" (Casación penal de julio 26 de 1988).

Por lo demás, la deducción que "a fortiori" hace el Ministerio Público de la parte final del mencionado literal, que precisamente se orienta es a penar como delito la tenencia de cantidades menores de sustancia narcótica cuando no tienen por destinación el propio uso, no conduciría menos que al desconocimiento claro de las disposiciones en comento, ya que aquella insinuación interpretativa implicaría que el límite de cantidad señalado en la primera norma podría ser ajustado o variado arbitrariamente por el juez; que en la conducta prevista en el artículo 33 no incurre el adicto, sin que interese la desmedida cantidad de fármaco que transporte, almacene o porte con tal de que la aduzca destinada a su consumo, y que el artículo 51 no se restringe a la "dosis personal" sino a la tenencia de cuanta cantidad de droga a voluntad quiera el adicto llevar consigo, tesis extrema por entero carente de arraigo legal



o no antijurídica⁸⁷, postura que inicia con la **sentencia del 03 de septiembre de 2014** con ponencia del magistrado José Leonidas Bustas, luego en sentencia del 12 de noviembre del mismo año en el expediente 42617 el magistrado Gustavo Malo, categoriza al consumidor de estupefacientes como una persona que merece una protección reforzada y lo hace merecedor a una discriminación positiva, luego en **sentencia del 09 de marzo del año 2016** con ponencia del magistrado Eugenio Fernández Carlier, indica de nuevo que el porte de sustancia estupefacientes relativamente superior a la dosis fijada por la ley que no tenga fines de fabricación, comercialización o tráfico, no debe ser procesada como delictiva, siempre y cuando su único propósito sea el consumo derivado de la enfermedad o adicción del portador y comprende la conducta como un problema de salud, sin que pueda tratarse la farmacodependencia como un delito, postura reiterada en **sentencia del 15 de marzo del año 2017** con ponencia del mismo Dr. Fernández Carlier, al igual que en la **sentencia del 11 de julio de 2017** con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuellar, quien se ocupa con mayor detenimiento en la individualidad del caso concreto al modo aristotélico, para indagar finalmente el juicio de lesividad del comportamiento presuntamente delictivo, de cara a factores como el grado de dependencia de la persona; su tolerancia y necesidad al fármaco; su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, pensamiento que ha que ha servido de derrotero para que Jueces y Tribunales apliquen dicha tesis jurisprudencial a modo de precedente judicial, examinando caso por caso a fin de verificar si pese a la incautación de una cantidad que supera la dosis personal, ésta puede asimilarse a una dosis personal para ese sujeto en particular, porque cualquier académico pensaría que lo que aquí resuelto es simplemente una cuestión de ornato intelectual, sin embargo, deberían visitar alguna de las salas de audiencias en cualquiera de nuestras ciudades principales, para advertir que el 70% de la población carcelaria viene dada por procesados vinculados a hechos de narcotráfico y por lo general, todos son personas adictas e indigentes, circunstancia que indigna no solo a jueces sino a defensores que deben tratar día a día con esa dramática realidad, que criminaliza la miseria.



Por último no podemos dejar de reseñar la aguda crítica que se hace a los jueces cuando se apartan del tenor literal y claro de la ley, para aplicarla a situaciones no reguladas, y que ellos consideran debieron ser reguladas⁸⁸, sin contar el hecho de que en varias ocasiones la Corte adopta una política pública y la pregunta que resulta pertinente es determinar, a qué ramas del poder público corresponde la adopción de políticas, porque desde la sentencia T-406 de 1992, la propia Corte Constitucional comenzó a delinear una cierta asunción de funciones que correspondían a otras ramas del poder público, como el legislativo y el ejecutivo, en tanto, ha considerado que dichas ramas han perdido legitimidad por virtud del no cumplimiento de los derechos fundamentales y principios constitucionales., nótese, que la Corte termina creando una nueva norma, haciendo de legislador, interpretando el cabal sentido de la norma constitucional, yendo más allá, y ello resulta polémico, porque la Corte en muchas ocasiones se cree en el deber de subsanar los vacíos que a su juicio ha dejado el

⁸⁸ No sólo se ha criticado ferozmente a la Corte Constitucional por aplicar un derecho no legislado, sino por arrogarse competencias propias de otras ramas del Poder público, cuando desarrollan ciertas funciones no previstas en la ley para exigir la satisfacción de los derechos humanos, por ejemplo, *(i)* la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, *(ii)* el proferimiento de sentencias estructurales o *(iii)* la verificación de las órdenes impartidas en los fallos (T-025/2004), eventos en los que se trata de salvaguardar derechos sociales y económicos, caso de la población desplazada, la situación de hacinamiento carcelario que se vive en el país (T-388/2013), la protección a la salud (T-760/08) o a los pensionados (T-774 /15), porque allí la Corte Constitucional emite órdenes al Ejecutivo y hasta el mismo legislativo en relación con el diseño y ejecución de políticas públicas y programas específicos en materia de derechos de segunda generación, mírese el caso de la sentencia C-123 de 2014, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, en el que se condiciona la exequibilidad del artículo 37 del Código de Minas. Recuérdese que dicha disposición había dispuesto que los Alcaldes y Concejos no podían restringir actividades mineras, y la sentencia, condicionó su exequibilidad, siempre y cuando las “ Autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del medio ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”, es decir, incidió en el plan territorial, siendo ésta una competencia reservada al legislativo y al ejecutivo. Igual crítica se hace en torno a la tesis de la Corte de la “ sustitución de la Constitución” para declarar inexecutable una ley, legítimamente expedida por el congreso, al respecto, véase, TAMAYO JARAMILLO, Javier. La decisión judicial. Tomo II. Edit. Dike. Pág. 1533.



legislador, remplazándolo, es un poco el estilo de la Corte Suprema de Justicia de los E.E.U.U., quien no solo dice el derecho, sino que además legisla en materia constitucional, por eso se le ha denominado “ Constitución viviente”, que con muy pocas reformas, se va leyendo dinámicamente la realidad histórica de la sociedad y se acomoda a la legislación, o mejor, la legislación a la realidad histórica, por ello, la pregunta seguirá vigente, cuáles son los límites de los jueces al aplicar el derecho?.

Bibliografía.

ALEXI, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALLEN, F. “The judicial quest for penal justice : The Warren Court and the criminal cases”. En : *University of Illinois Law Forum Illinois*. 1975.

ARISTOTELES. *La Política*. Barcelona. Editorial Obras Maestras. 1962

_____. *Ética a Nicomaco*. Madrid. Edit. Alianza Editorial. 2007.

_____. *Ética Eudemia*. Madrid. Edit. Alianza Editorial. 2002.

A.A.V.V. *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*. Dirección a cargo de Castro Cid Benito. Madrid. Edit. Universitas. 1994.

A.A.V.V. “ Entre el protagonismo y la rutina: Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia.” En: *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*. México. 2003.

BERNAL PULIDO, CARLOS. “ El principio de proporcionalidad de la legislación penal” En : “ *El derecho de los derechos*”. Bogota. Edit. Universidad Externado de Colombia. 1995.



- BOHORQUEZ ORDUZ, ANTONIO. *Principio de completitud y creación judicial del derecho*. Bogotá. Edit. Univ. Externado de Colombia. 2016.
- CABRERA ACOSTA, BENIGNO HUMBERTO. *Teoría General del proceso*. Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- CICERON, Marco Tulio. *Sobre los deberes*. Madrid. Edit. Tecnos. 1989.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*. Madrid. Edit. Trotta. 1995.
- GADAMER, HANS-GEORGE. *Verdad y método*. Tomo II. Salamanca. Edit. Sígueme. 1994.
- GONZALEZ CUELLAR, NICOLAS. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Edit. Colex. 1990.
- HENAO, JUAN CARLOS. “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés” En: *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*. Tomo II. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003.
- HERNÁNDEZ, ALIER EDUARDO. “Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Colombiano” En : *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, Derechos y Valores*. Bogotá. 2001.
- MACINTYRE, ALASDAIR. *Tras la virtud*. Barcelona. Edit. Crítica. 2001.
- MORESO, JOSE JUAN.. *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación Constitucional*. Madrid. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998.
- NUSSBAUM, MARTA C. *La Fragilidad del bien*. Madrid. Edit. Visor. 1995.
- PIZZI T., WILLIAM. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Madrid. Edit. Tecnos. 2004.
- POPPER R., KARL. *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona. Ediciones Paidós. 1991.
- RECASENS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México. Edit. Porrúa. 1965.
- STEIN, PETER. *Regulae Iuris. From juristic rules to legal maxims*. Edimburgo. University Press. 1966.
- VASQUEZ, RODOLFO. “Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana” En : *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México:



UNAM. Instituto de Investigaciones jurídicas. Año XIII. Nro. 39. 1980.
TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. La decisión judicial. Bogotá. Edit. Dike. 2013.
UPRIMNY, RODRIGO. Estado social de derecho y respuesta judicial correcta. En : *Hermenéutica jurídica*. Bogotá. Edit. Universidad del Rosario. 1997.
RECASENS SICHES, LUIS. Extensas adiciones. Barcelona. Edit. Bosch. 1936
PERELMAN CH. y OLBRECHTS – TYTECA L., Tratado de la argumentación jurídica. La nueva retórica. Madrid. Edit. Gredos. 2000.

JURISPRUDENCIA.

Corte Constitucional.

C-221 del 05 de mayo de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
SU-159 del 06 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
T-268 del 27 de marzo de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
C-1092 del 19 de noviembre de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis.
T-025 del 22 de enero de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
T-453 del 02 de mayo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
C-673 del 30 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
C-591 del 09 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
C-822 del 10 de agosto de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
C-1154 del 15 de noviembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
C-789 del 20 de septiembre de 2006. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
T-821 del 05 de octubre de 2007. M.P. Catalina Botero Marino.
T-760 del 31 de julio de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
C-771 del 13 de octubre de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
C-052 del 08 de febrero de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
C-715 del 13 de septiembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
T-921 del 05 de diciembre de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.
T-388 del 28 de junio de 2013. M.P. Maria Victoria Calle Correa.
C-123 del 05 de marzo de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.
T-642 del 04 de septiembre de 2014. M.P. Martha Sachica.
SU-774 del 16 de octubre de 2014. M.P. Mauricio González.



T-615 del 28 de septiembre de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz.
SU-659 del 22 de octubre de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.
T-736 del 30 de noviembre de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz.
T-774 del 18 de diciembre de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
SU-214 del 28 de abril de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
T-276 del 25 de mayo de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.
T-344 del 30 de junio de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.
T-352 del 06 de julio de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.
SU-454 del 25 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz.
T-638 del 16 de noviembre de 2016. M.P. Jorge Ivan Palacio.
T-698 del 13 de diciembre de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal.

Sentencia del 30 de noviembre de 2001. M.P. Carlos E. Mejía Escobar.
Auto del 19 de Febrero de 2002. M.P. Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda.
Auto del 10 de Octubre de 2002. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón.
Sentencia del 17 de enero de 2002. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.
Sentencia del 12 de mayo de 2009. M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán.
Sentencia del 27 de abril de 2011. M.P. Maria del Rosario González de Lemos.

Consejo de Estado. Sección tercera.

Sentencia del 07 de septiembre de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio G.
Sentencia del 02 de julio de 2015. C.P. Margo Antonio Velilla.
Sentencia del 3 de febrero de 1995. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral.

Sentencia del 26 de febrero de 2014. M.P. Elsy del Pilar Cuello.