

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y EL IMPERIO DE LA LEY EN  
COLOMBIA

ANDREA LYZETH LONDOÑO RESTREPO

Universidad de Manizales  
Facultad de Ciencias Jurídicas

Manizales, Febrero 2015

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y EL IMPERIO DE LA LEY EN  
COLOMBIA

ANDREA LYZETH LONDOÑO RESTREPO

Proyecto de Grado para Optar al Título de: Abogada

Doctor

JOSE RICARDO ALVAREZ

Magister en Derecho

Asesor de Tesis

Universidad de Manizales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Manizales, Junio 2015

## TABLA DE CONTENIDO

Introducción .....	7
1. Antecedentes .....	10
2. Planteamiento del Problema.....	15
2.1 Formulación del Problema .....	19
2.2 Sistematización del Problema .....	19
3. Justificación.....	20
4. Objetivos .....	23
4.1 Objetivo General .....	23
4.2 Objetivos Específicos.....	23
5. Hipótesis.....	24
5.1 Hipótesis Auxiliar .....	24
5.2 Variables .....	24
6. Marco Teórico.....	25
6.1 Historia.....	25
6.2 El Derecho y la sociedad.....	30
6.3 El Imperio de la Ley y el Derecho Positivo .....	43
6.4 Casos Difíciles .....	51

6.5 El Concepto de Discrecionalidad del Juez .....	52
7. Metodología .....	73
7.1 Enfoques de Investigación .....	73
7.2 Métodos.....	73
7.3 Diseños Bibliográfico.....	74
7.4 Técnicas.....	75
8. Conclusiones .....	76
9. Referencias Bibliográficas .....	81

# **LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y EL IMPERIO DE LA LEY EN COLOMBIA**

## **Resumen**

Este proyecto de grado pretende realizar un análisis sobre las decisiones tomadas por el juez, quien se ampara y somete a la aplicación de ley, de acuerdo a lo previsto en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, y aquel que se atreve a utilizar un poder discrecional en su jurisdicción respectiva con autonomía y responsabilidad, partiendo de sus conocimientos y haciendo uso del cumplimiento del Derecho desde su conciencia para adoptar determinadas decisiones al momento de fallar un caso. Dicha investigación jurídica ofrece un concepto de discrecionalidad a partir de su alcance, de cómo se da su aplicación en el campo del Derecho, y de cómo estos criterios deberán ser los más coherentes en un sistema de valores que nos aproxime a alternativas para resolver los conflictos impactando positivamente la población colombiana.

Palabras clave: Derecho, juez, justicia, discrecionalidad judicial, imperio de la ley.

## Abstract

This project aims to make a significant degree analysis on decisions made by judges who take refuge and subjected to law enforcement in accordance with the provisions of Article 230 of the Colombian Constitution, and those who dare to use discretionary powers in their respective jurisdiction with autonomy and responsibility, starting their knowledge and using the compliance of law from their conscience to take certain decisions when missing a at the time of sentencing. This research provides a concept of discretion from its range, how its application in the field of law is given, and how these criteria should be the most consistent in a value system that approximates us alternatives to resolve conflicts impacting positively the Colombian society.

Keywords: Law, judge, justice, judicial discretion, rule of law.

## INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad del Estado por parte de quienes administran justicia ha ocasionado conflictos casi todos centrados en la imagen del Estado, los efectos y consecuencias que el posible reconocimiento de esta responsabilidad podría acarrear en su esencia. A partir de los avances en pro de establecer un marco legal y jurisprudencial después de un largo proceso, determinan que Colombia tiene un régimen jurídico que acepta y regula hasta cierto punto la responsabilidad del Estado en el ámbito de la administración de justicia.

El imperio de la ley constituye un ideal regulativo sobre el ejercicio del poder que reside en que la actuación de quien imparte justicia se ajuste a lo establecido por las normas jurídicas preestablecidas. Al respecto podría indicarse que la discrecionalidad judicial y el imperio de la ley, son dos elementos proporcionados por el Derecho, que están orientados a dar como resultado una respuesta efectiva a determinada controversia. Es importante entender que la discrecionalidad judicial en el campo del Derecho, es quizás, un elemento de valor relevante en la cotidianidad del desarrollo jurídico, y por lo tanto, enmarca una gran cantidad de responsabilidades que impactan a la sociedad colombiana.

Alrededor de estos conceptos, se pretende entonces, con el presente proyecto de grado, realizar una completa evaluación y análisis sobre la función que cumple la discrecionalidad judicial frente a la aplicación del imperio de la ley, bajo el marco jurídico del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 35<sup>1</sup>) y los criterios y postulados de la misma. Es necesario además resaltar de qué forma se da la aplicación de los conceptos jurídicos enmarcados en el contexto donde se desarrolla la actividad judicial partiendo, claro está, del principio de independencia del juez que se ubica en el marco de la división de poderes, con base al cual los funcionarios jurisdiccionales son autónomos en el momento de tomar sus decisiones y no pueden ser influenciados por los mandatos de otros funcionarios públicos, jueces o por algún particular que someten sus conflictos al conocimiento de aquellos tal como se expresa:

La independencia judicial entendida como la autonomía de un determinado juez o tribunal para decidir casos aplicando Derecho a los hechos. “Esta independencia atañe al sistema judicial como institución (independencia de los otros poderes, denominada y al juez específico “independencia de otros miembros del

---

<sup>1</sup> Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (2015). Constitución Política Nacional de Colombia del 7 de junio de 1991. Bogotá. Leyer Editores.



poder judicial” o “independencia individual”)” (Comisión Internacional de Juristas, 2005, p. 20<sup>2</sup>).

---

<sup>2</sup> Suiza. Comisión Internacional de Juristas (2005). Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales. Golok Design, C. Besuchet

## 1. ANTECEDENTES

Históricamente durante el siglo XIX, predominó el formalismo en la decisión judicial de la Escuela de la Exégesis Francesa y de la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania. Estas dos escuelas partían de la premisa de que la decisión del juez tenía una connotación propiamente formal, ya que consistía en unas normas establecidas para llegar a una respuesta asertiva. La ley era concebida con plena claridad y coherencia de modo que el juez no acudía a realizar ningún ejercicio hermenéutico para determinar qué decisión aplicar a la solución de un caso. De ahí entonces que el sistema jurídico pareciera ser perfecto, coherente, completo, sin lagunas ni vacíos, y por tanto, el juez se limitaba a ser un aplicador de la norma de manera que la solución para cada caso estaba dada con la nitidez suficiente. Se afirmaba en el momento, que al juzgar el juez lo hace en concordancia con los hechos que son, no de los que él cree que son. Se aceptaba además, que la aplicación del Derecho en la solución de los casos se acredita a la subsunción de los hechos bajo la norma que los envuelve, sin que nada tenga que añadir o poner el juez de su parte. Entonces, es claro que no queda el más mínimo espacio para que se insertaran las teorías de la discrecionalidad judicial, pues, básicamente, cada caso tenía diseñado un sistema jurídico que llevaría a una solución correcta totalmente aceptada.

Hacia el año 1919, los jueces alemanes comulgaban con un pensamiento fuertemente estatista, se concebía el Estado como máximo ideal, con Derechos propios que se anteponían a los Derechos del individuo. Era este pensamiento jurídico-político

predominante frente a la Constitución del momento, entendida como sancionadora de la soberanía popular, como portadora de normas a las que la acción del Estado habría de someterse, y como proclamadora y protectora de Derechos y libertades individuales que ponen límite a la acción posible del Estado frente a sus ciudadanos. La actividad judicial se limita, para esta concepción positivista, a reproducir lo contenido en la ley. Sin embargo, y como era de esperar, en el momento en que estos presupuestos empiezan a ser fuertemente cuestionados por la misma sociedad, las discusiones en torno a la discrecionalidad se expanden y surgen las polémicas a propósito de si puede hablarse de discrecionalidad también en esos otros ámbitos.

Ahora bien, lo que era excepción minoritaria en ese entonces era el positivismo jurídico de Kelsen, revelador de ideologías políticas y radicalmente comprometido en la defensa del modelo constitucional democrático. En este sentido, se pueden tomar las tesis Kelseniana como punto de partida para ilustrar la extensión del ámbito relevante de la discusión sobre el fenómeno de la discrecionalidad.

Hart<sup>3</sup> y Dworkin también disertaron sobre la discrecionalidad, cuando llegan a los estrados judiciales casos donde hay más de una interpretación para fallar el conflicto, dando origen a dos interrogantes: ¿Cuál interpretación escoger? - ¿Cuál interpretación se ajusta más al Derecho?, arrojando como respuesta las primeras herramientas para

---

<sup>3</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart, fue uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Estudió abogacía en el New College del cual se graduó en 1932.([Artículo online]: [https://es.wikipedia.org/wiki/H.\\_L.\\_A.\\_Hart](https://es.wikipedia.org/wiki/H._L._A._Hart))

comprensión de los cambios en la interpretación y en el ejercicio del Derecho con un punto claro sobre cuál es el rol de los jueces en los casos ambiguos o difíciles.

De un lado, Hart es conocido por hacer énfasis en el Positivismo fundado en herramientas metodológicas de la filosofía del lenguaje y en la necesidad de la interpretación de las diferentes funciones que cumplen las reglas de un sistema jurídico. Al clasificar estas reglas determina que hay unas que se ocupan sobre lo que deben o no hacer los individuos y otras donde se determina la aceptación de algo por parte de los jueces a la luz del Derecho, siendo esto considerado como una regla social.

De otro lado, Dworkin considera la discrecionalidad como una herramienta nociva que debilita los fundamentos de la democracia, y se abalanza contra el positivismo de Hart ya que su teoría no puede dar cuenta de los principios. Este afirma que el Derecho debe estar relacionado con la moralidad sustantiva y de ahí, que se incorporen los principios como reglas a ser tenidas en cuenta en las decisiones de los jueces.

Ya en las últimas épocas más bien se explica unas veces como empática la capacidad del juez sabio y virtuoso para descubrir la coherencia que en el fondo mantienen los valores vigentes en una sociedad, por mucho que en la superficie parezca que no hay tal armonía valorativa, sino una tensión dialéctica, fruto del pluralismo

constitutivo de las sociedades modernas y democráticas; o como vía que recorre, para llegar a la verdad, aquella parte de nuestra razón que se ocupa de los asuntos valorativos y que se llama razón práctica.

En el contexto colombiano, la Constitución Política de 1991 produjo unos cambios fundamentales en la manera de concebir y ordenar los sistemas sociopolíticos y jurídicos en el país. El cambio más trascendental fue la creación del Estado Social de Derecho, proporcionando mecanismos para poder garantizar la realización efectiva de los Derechos fundamentales de las personas. De esta manera, se busca garantizar la justicia social y la dignidad humana de cada uno de los asociados.

Esto significó un cambio en el rol que desempeñaba del juez colombiano, quien, actualmente, es el encargado de plasmar en la realidad todos los Derechos y garantías constitucionales, especialmente en lo referente a los Derechos fundamentales. Anteriormente, estos Derechos no tenían aplicación directa, a menos que estuviera estipulado en una ley. Así lo expresa la sentencia T- 406 emanada por la Corte Constitucional Colombiana en 1992:

**“Esta nueva relación entre Derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio**

**puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los Derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los Derechos fundamentales” (Sentencia T-406, 1992).<sup>4</sup>**

Así pues, los jueces gozan de una brecha discrecional para tomar sus decisiones entre varias alternativas en base a una única solución legal del caso, la cual debe ser aplicada sin arbitrariedades. La discrecionalidad tiene como criterio de sustento la razonabilidad, la cual utiliza el juez para manifestar su decisión reflejando a través de la motivación su raciocinio y la argumentación del resultado.

---

<sup>4</sup> Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 del 17 de junio de 1992. En el proceso de acción de tutela promovido por el señor José Manuel Rodríguez Rangel contra el señor Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena y resuelto en primera instancia y única instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En Colombia, el Juez ha sido reconocido como uno de los actores más relevantes en la sociedad dentro de la historia de justicia y equidad debido al rol que desempeña como guía jurisdiccional a la luz de las leyes y la sabiduría.

**“Esta situación contrasta notablemente con la condición dogmática de la Constitución Colombiana de 1886, donde el texto constitucional sólo podía ser directamente aplicado por los organismos vértices del Estado en asuntos de alta política. Así pues, el presidente de la República, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia parecían ser los únicos actores legitimados (en situaciones muy especiales) para aplicar directamente el contenido del texto fundamental.**

**La Constitución de 1886 no conocía de mecanismos de aplicación generalizada, como la llamada excepción de inconstitucionalidad; de la misma manera, la acción pública de inconstitucionalidad era, sin duda, un recurso importante. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional era escasa y limitada. Dentro del concepto tradicional de Estado de Derecho, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios**

**enunciados por los códigos y las leyes; la Constitución se expresaba mediante la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior. Por ello, los niveles de constitucionalización del conflicto común eran muy vagos.**

**La Constitución de Colombia de 1991 varió los conceptos de constitucionalismo e instauró de manera inequívoca la idea de supremacía directa de la Constitución y la protección de los Derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos, con argumentos basados en el texto constitucional sin intermediación legal. Los contenidos constitucionales se convierten en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflicto jurídico por resolver.” (López Daza, 2010)<sup>5</sup>**

El papel del juez se entiende en esta investigación como la forma en la que se desarrolla su función, en este caso los elementos que guían la función del juez a la luz de nuestra Constitución de 1991, teniendo presente y sin lugar a duda que la concepción del papel del juez cambió, ya no solo cumple su función aplicando sistemáticamente la ley, como lo recordamos en los párrafos anteriores, sino que hace una labor interpretativa en los casos difíciles, crea Derecho cuando no existe ley que cobije casos difíciles o que se ajuste a la realidad social; procura ser garantista de Derechos fundamentales y trabaja en

---

<sup>5</sup> López Daza, 2010, [Artículo online]: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932011000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932011000100005&script=sci_arttext)



conjunto y armonía con el poder legislativo para cumplir los fines del Estado Social de Derecho.

El Estado colombiano garantiza el Derecho que tiene toda persona a que acceda a la administración de justicia, lo que conlleva, a que se le dé pronta solución a los casos en controversia, es decir, a que la actividad judicial sea eficaz. Al respecto la Corte Constitucional plantea que:

**“El juez, al poner en relación la constitución- sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de Derecho”. (Sentencia T-406, 1992).<sup>6</sup>**

Es así, como en la realidad, nos encontramos frente a un desbalance entre lo que significa aplicar justicia con base al criterio de discrecionalidad judicial y la aplicación de la justicia bajo el imperio de la ley, ya que el juez puede sustentar una decisión judicial basado en la discrecionalidad como herramienta auxiliar de la justicia, sin embargo, dicha

---

6 Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 del 17 de junio de 1992. En el proceso de acción de tutela promovido por el señor José Manuel Rodríguez Rangel contra el señor Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena y resuelto en primera instancia y única instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>.

discrecionalidad puede deberse a que las mismas normas expresamente lo remiten a la fijación de la pauta decisoria, caso por caso, como cuando son esas mismas normas las que dicen que en un determinado asunto el juez fallará discrecionalmente. “Las decisiones judiciales, que traducen y aplican a una situación concreta los dictados abstractos de la ley, pueden significar la diferencia entre el bienestar y la desgracia de un individuo”. (Arango, 1999, p. 1).<sup>7</sup>

Desde este punto de vista, es necesario reconocer la debilidad de la tesis que señala al juez como un ordenador jurídico, cuya labor se limita a servir de enlace entre soluciones predispuestas por el legislador y la sociedad a la que se destinan estos preceptos, y donde el mismo juez asume ser el garante de los Derechos individuales consagrados en la legislación vigente de cada época histórica. Es necesario, tener en cuenta que el juez como impartidor de justicia debe efectuar un trabajo interpretativo, hermenéutico y evaluador de las disposiciones jurídicas establecidas, lo que desemboca evidentemente en una aplicación compleja del Derecho, que él mismo debe ir más allá de un simple análisis de los textos, sino que necesariamente requiere extender este ejercicio a un estudio mucho más amplio sobre el pensar, sentir y el actuar de los representantes de la rama judicial.

---

<sup>7</sup> Arango, R. (1999). ¿Hay respuestas correctas en el Derecho?. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes

## 2.1 Formulación del Problema

¿Desde la Discrecionalidad Judicial se aporta a los jueces colombianos elementos suficientes para adoptar soluciones sin someterse estrictamente al imperio de la ley?

## 2.2 Sistematización del Problema

a. ¿De qué modo puede orientarse las decisiones judiciales bajo los parámetros de la discrecionalidad judicial?

b. De acuerdo a lo expuesto en los párrafos anteriores, ¿Qué implicaciones puede tener la discrecionalidad judicial en los fallos judiciales en Colombia teniendo como precedente la subjetividad con la cual cada juez puede interpretar las leyes en cada caso difícil a partir de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991?

### 3. JUSTIFICACIÓN

La importancia de esta investigación sobre la discrecionalidad judicial frente a la aplicación del imperio de la ley, radica de manera especial en el intento de recuperar confianza y credibilidad en el modelo de justicia actual para los colombianos en la solución de problemas de tipo jurídico que se presentan en la sociedad, puesto que las decisiones judiciales están estructuradas en principio por la aplicabilidad del Derecho, cuya finalidad es la regulación de las relaciones de los individuos en sociedad para lograr una convivencia armónica entre los integrantes de la misma.

Desde esta perspectiva lo que se pretende es que a partir de lo que se plantea a lo largo del proyecto, se identifique el valor de ambas posturas tanto de la discrecionalidad judicial como del imperio de la ley, para que a su vez se pueda utilizar como un importante elemento de análisis, donde el juez descubra el valor discrecional y busque un punto de equilibrio que desde todos los puntos de vista favorezca necesariamente la misma justicia.

Dentro de este contexto, la adquisición de un criterio imparcial para tomar decisiones dentro del ámbito judicial, cuando los hechos y las normas relevantes permiten por lo menos más de una solución a los casos difíciles y que no necesariamente deban estar sometidos solamente al imperio de la ley, como lo estipula el mandato constitucional

en su artículo 230, es de suma importancia más allá de tener en cuenta que se presentan eventos en los que o existen diversas soluciones jurídicas para un mismo supuesto o no existe ninguna solución jurídica para un asunto determinado, lo que implica, en ambos casos, que el juez deba escoger entre alternativas determinadas por criterios extrajurídicos. Lo anterior se evidencia con claridad en el Debate que sostienen Hart y Dworkin, este último critica fuertemente el positivismo de Hart, argumentando de que su tesis solo da cuenta de las normas que tienen que aplicarse en su totalidad o no aplicarse, dejando de lado el análisis de los principios y de otros objetivos sociales en defensa de la tesis de que en caso de que no exista una norma exactamente aplicable, el juez debe decidir discrecionalmente, habla de un juez omnisciente, de un Hércules que encuentre una solución a todos los casos difíciles. Para Hart, por ejemplo, “un caso es difícil “cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos prima facie, más de una solución” (2005: 68)” (Echeverry, 2008, p. 212)<sup>8</sup>.

Se justifica entonces, la realización del presente proyecto que se basa en el análisis de la relación entre discrecionalidad de la justicia frente al imperio de la ley, entiéndase cuál debe ser la labor del juez en el Estado Constitucional y desde ese contexto buscar probar que dicha labor debe privilegiar escenarios de argumentación jurídica, más que de demostración, en tanto el juez tenga que velar por asegurar niveles de justicia material para los que debe valerse, no solo de normas, sino de principios que permitan cumplir ese supuesto. Desde este punto de vista, se entiende la necesidad de que el juez asuma una

---

<sup>8</sup> Echeverry Restrepo, C (2008). El imperio de la discrecionalidad judicial. Criterio Jurídico. V. 8 No. 1. Pp 195-216 ISSN 1657-3978.

posición respetuosa hacia el cumplimiento de las leyes, dejando abierta la posibilidad de adquirir una fuente de oportunidad para el desarrollo de la justicia inmersa en un ámbito discrecional.

## **4. OBJETIVOS**

### 4.1 Objetivo General

Reconocer la discrecionalidad judicial como una herramienta óptima y eficaz para la justicia colombiana.

### 4.2 Objetivos Específicos

Analizar los conceptos de imperio de la ley y discrecionalidad judicial desde una perspectiva histórica de tal manera que nos permita obtener una aproximación teórica.

Explicar la importancia y relevancia de la discrecionalidad judicial.

Conceptualizar y analizar el papel del juez en el Estado colombiano a partir de la Constitución Política de 1991.

## 5. HIPÓTESIS

### 5.1 Hipótesis Auxiliar

El fallo judicial necesariamente está cobijado por el imperio de la ley y la discrecionalidad del juez, frente a los supuestos facticos, pero también a las características especiales de cada proceso judicial.

### 5.2 Variables

- Variable dependiente: Fallo Judicial
  
- Variable independiente: Imperio de la Ley y Discrecionalidad del Juez
  
- Variables intervinientes:
  - Aspectos Sociales
  
  - Aspectos Culturales
  
  - Normatividad



## 6. MARCO TEÓRICO

### 6.1 Historia

Históricamente el concepto imperio de la ley ha estado marcado por entender que existe un concepto de legalidad y que éste debe ser reconocido y aceptado como tal, es decir, ha estado ligado a la historia de la humanidad, desde el punto de vista del normativismo, donde se concibió el Derecho como un sistema gradual de normas, en la cúspide de la cual hay una norma básica o fundamental, que constituye la fuente de la estructura jerárquica de un determinado gobierno o régimen jurídico y cuya función es la determinación por el legislativo de los órganos y procedimientos del Derecho en general. (Kelsen, 1997, p. 59<sup>9</sup>).

Dentro del contexto histórico encontramos algunas etapas jurídicas en las cuales se enmarca este concepto, y el papel fundamental de la idea de imperio de la ley es el de introducir un mayor grado de institucionalización del orden jurídico, sustituyendo la multiplicidad de centros productores de normas, propia del Medioevo, por una única fuente de Derecho, la ley. También es importante la alteración de la jerarquía de fuentes, quedando la costumbre subordinada a la ley. Así mismo, “es relevante que el concepto de imperio de la ley implica desvincular a los jueces del *ius commune* romano-canónico,

---

9 Kelsen, H. (1997). Teoría pura del Derecho. México, Porrúa.

para conseguir su progresiva sumisión a la ley del gobernante, cabeza del Estado y aglutinador del poder” (Kägi, 2003, p. 119).<sup>10</sup>

Esto presenta una idea histórica del concepto de imperio de la ley, es decir, no es nueva la idea entender que existen unos parámetros normativos por los cuales se rigen las decisiones judiciales, en este contexto de que desde siempre ha existido. “El positivismo jurídico que se difunde a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, se manifiesta en una tendencia por elaborar racional y formalmente el Derecho positivo. La idea del Derecho responde aquí a una concepción formalista, centrada en la forma o manera en que debe ser realizada una acción para que sea un acto jurídico, y no en su contenido, justo o injusto, ni en su finalidad. Sólo interesa asegurar un razonamiento coherente, prescindiendo de su contenido”. (Positivismo)<sup>11</sup>

Es así como, para Alemania, por ejemplo, el sistema jurídico es perfecto, en cuanto que contiene una única solución correcta para cada caso que el juez haya de decidir, ya que

**Los órganos de representación judicial intervienen en cierta medida en las decisiones relativas a la administración de justicia que afectan a los jueces. A tal fin, la Ley alemana del poder judicial (Deutsche Richtergesetz) prevé dos órganos de composición y funciones diferentes: el Präsidialrat, que actúa**

---

10 Kägi, W. (2003). La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental. Dykinson.

11 Positivismo, [Artículo online]: <http://todoelderecho.com/Apuntes/Varios/Apuntes/POSITIVISMO.htm>

**antes del nombramiento o la elección de los jueces, y el Consejo judicial (Richterrat), que se ocupa de los aspectos generales y sociales. (Profesiones jurídicas – Alemania, 2006)<sup>12</sup>**

. La esencia de la labor judicial es cognoscitiva. El juez no decide, sino que conoce lo que para un caso dispone como solución el sistema jurídico, extrae las consecuencias, sin que tal labor tenga ribetes morales, políticos que suponga elección valorativa. En consecuencia, el método que guía la decisión judicial no es un método decisorio, sino un método de conocimiento.

En este mismo contexto histórico encontramos que la noción de imperio de la ley en el primer constitucionalismo es, por tanto, extraordinariamente densa. Las Constituciones hijas de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII enuncian las propiedades del concepto: de un lado, la exigencia de leyes únicas, generales y abstractas, estables, claras, precisas, públicas, no retroactivas, jerárquicamente superiores a la costumbre y a cualesquiera otras fuentes de Derecho no reconocidas por la ley, y sobre todo, producto de la soberanía del pueblo o nación (Comaducci, 2011, p. 112)<sup>13</sup>.

Otro concepto histórico al respecto del imperio de la ley es el siguiente:

---

12 Profesiones jurídicas – Alemania, 2006, [Artículo online]: [http://ec.europa.eu/civiljustice/legal\\_prof/legal\\_prof\\_ger\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_prof/legal_prof_ger_es.htm)

13 Comaducci, P. (2011). El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica. Revista de Derecho Privado. No 21. Pp 107-118

En el seno del constitucionalismo primigenio (finales del siglo XVIII), Occidente comparte una concepción muy semejante de imperio de la ley, caracterizada, como se ha señalado, por exigir a los poderes públicos altas dosis de racionalidad en el ejercicio de las competencias de creación y aplicación del Derecho, y condicionando a las autoridades al cumplimiento de tales exigencias de racionalidad a fin de justificar su legitimidad o aceptabilidad. “Pero por motivos histórico-políticos sobradamente conocidos, la praxis institucional a ambos lados del Atlántico fue distanciándose de ese ideal común” (Comaducci, 2011, p. 113)<sup>14</sup>.

En este mismo orden de ideas encontramos el positivismo jurídico el cual hace referencia a un conjunto de ideas que imperaron durante todo el siglo XIX y que tuvieron gran influencia en el pensamiento científico y filosófico de Europa y América. El positivismo jurídico como corriente filosófico – jurídica se fundó en la concepción del Derecho como un conjunto de normas dictadas por el Estado (Meisel, 2006, p. 48).<sup>15</sup>

De este positivismo jurídico se ha nutrido históricamente las ciencias jurídicas en todos los países del mundo. El positivismo jurídico como corriente filosófico – jurídica se

---

14 Comaducci, P. (2011). El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica. Revista de Derecho Privado. No 21. Pp 107-118

15 Meisel Lanner, R. (2006). El silogismo jurídico y la jurisprudencia constitucional. Revista Justicia. Universidad Simón Bolívar. No 11

fundó en la concepción del Derecho como un conjunto de normas dictadas por el Estado, teniendo este a su vez el monopolio de la elaboración jurídica que implicaba por ende que dichas normas habrían de ser acatadas por la sociedad en su totalidad sin excepción alguna.

La principal teoría de este iuspositivismo como corriente de pensamientos jurídicos es la separación entre moral y Derecho, ya son considerados como conceptos diferentes sin relación alguna entre sí; y que el Derecho es una norma jurídica sin condicionamientos morales. Bien lo expresa Hans Kelsen en su libreo teoría pura del Derecho, donde diferencia el Derecho de la moral argumentando que ambos son ordenes normativos, aunque solo el Derecho es de orden coercitivo.

De igual forma, el positivismo desconoce y rechaza cualquier tipo de doctrina sociológica, es decir, todo aquello que estuviera establecido desde un punto de vista axiológico (valorativo), ya que dicha concepción afirma que los valores no tienen cabida en un ordenamiento jurídico, solo el texto legal tenía plena aceptación y validez.

Bajo estos parámetros históricos ha trascendido el Derecho bajo el concepto de imperio de la ley, teniendo en cuenta diferentes conceptos que nos llevan a entender las vertientes que dieron origen a las nuevas dimensiones del Derecho.

## 6.2 El Derecho y la sociedad

Inicialmente es importante entender que el Derecho por definición general “es el conjunto de leyes que regulan la conducta del hombre” (Carnelutti, 2004, p. 11<sup>16</sup>). Que inevitablemente toda sociedad adopta para que se facilite al Estado la gobernabilidad de los individuos que la componen y sobre todo con la intención de lograr los fines esenciales para los cuales fue creado.

Así pues, que el papel desempeñado por los jueces como aplicadores del Derecho es fundamental, en ellos radica que “al igual como son los médicos los obreros de la medicina, los campesinos los encargados de cultivar el campo. Legislar es el proceso mediante el cual se crean las leyes, es tarea exclusiva de los juristas” (Carnelutti, 2004, p. 15)<sup>17</sup>.

Entendiendo al mismo tiempo que la sociedad también hace parte del Derecho y que este se encuentra inmerso en la misma sociedad como herramienta de convivencia, Francesco Carnelutti en su obra “Cómo nace el Derecho” (Carnelutti, 2004)<sup>18</sup>, nos da sencillas explicaciones acerca de las implicaciones del Derecho como herramienta

---

16 Carnelutti, F. (2004). *Cómo nace el Derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

17 Carnelutti, F. (2004). *Cómo nace el Derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

18 Carnelutti, F. (2004). *Cómo nace el Derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

jurídica de la sociedad misma, y al mismo tiempo como cada uno de nosotros pertenecemos a dicha sociedad.

El imperio de la ley parte de la necesidad de que la sociedad debe vivir en cordialidad, y el Derecho debe verse como regulador de las actuaciones que implican desorden y caos, actuando siempre como ente regulador en todos los ámbitos de la esfera humana.

Ahora bien, el imperio de la ley marca el camino hacia la actuación en sociedad, y está ligada necesariamente al proceso penal que sugiere la idea de la pena, y ésta, la idea del delito, la cual también incluye las contravenciones a las mismas leyes, generándose entonces los procesos judiciales que llevan a entender la actuación de los jueces frente al desarrollo de las normas.

Podría sucintarse una discusión sobre la calidad en la ejecución del Derecho como control de la sociedad en las actuaciones de los jueces, partiendo del punto central que es el cumplimiento de las normas jurídicas bajo el imperio de la ley, es decir, solamente darle trámite a una ley, sin entender las actuaciones que varían entre una u otra sociedad.

Esto nos lleva a entender que en Colombia el imperio de la ley ha sido interpretado de múltiples formas de entender. Y necesariamente la ley ha sido interpretada de tal manera que se puedan dar libertades en unos casos, y limitar en otros.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, la Constitución Política de 1991, deja claro que Colombia es un Estado Social de Derecho, y que por lo tanto se debe entender como una sociedad cuyas decisiones judiciales deben garantizar ciertos Derechos a cada una de las partes, tales como el Derecho a un debido proceso y al Derecho de contradicción. Pero desde el punto de vista práctico, el panorama es diferente, en materia de aplicación de la Ley en las decisiones del juez, es decir, en Colombia no se dan las condiciones para que se cumplan los parámetros del Estado Social de Derecho ya que, entendiendo que lo justo para unos generalmente es lo injusto para otros, y que el concepto de justicia no es un concepto sencillo de entender, se puede considerar lo que es justo o injusto a través de diferentes percepciones, la justicia no es una tarea fácil de resolver, sin embargo el Derecho lucha por ella, implementando normas y leyes que hagan posible un país justo, con cierto nivel de equidad y que brinde a las personas la posibilidad de creer y obtener decisiones justas, claras y objetivas en cada uno de los procesos a los cuales se pueden ver enfrentados en cualquier momento.

La sociedad colombiana está llena de conflictos y día a día exterioriza innumerables problemas de convivencia entre los muy diferentes bloques sociales que



componen a la población de sus regiones, conflictos en donde el Estado debe desde su posición como garante, y ejerciendo las funciones legislativa, judicial y ejecutiva que le competen, amenizar tales diferencias, fomentar tolerancias entre los diversos grupos, teniendo en cuenta que un estado justo trae como consecuencia necesaria, legislaciones que tienden a proteger a los habitantes ante situaciones de emergencia y necesidades angustiantes.

Desde este punto de vista, debemos entender que la justicia se concibe como un ideal infinito, inalcanzable y heterogénea, creando a su alrededor un entorno aparente en cuanto al hecho de sí es posible cumplirla a través del Derecho o no, al respecto encontramos que:

**El Derecho es esencialmente des-construible, ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del Derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del Derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. Que el Derecho sea des-construible no es una desgracia y podemos incluso ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico. Pero la paradoja que me gustaría someter a discusión es la siguiente: es esta estructura**

**des-construible del Derecho o la justicia como Derecho, la que también asegura la posibilidad de la desconstrucción. (Derrida, 1997, p. 123)<sup>19</sup>**

Y esto indudablemente se da mediante la discrecionalidad de Juez quien debe partir de hechos y supuestos para entender el contexto histórico, político, social y jurídico en el cual se enmarca para tomar sus decisiones judiciales.

Y este contexto histórico, político y social en Colombia, es efectivamente el elemento en el cual se enmarca el análisis de las decisiones judiciales, buscando entender el imperio de la ley y la discrecionalidad judicial como herramientas de aplicación en el campo jurídico, y que buscan equidad en las decisiones. Esto necesariamente nos debe llevar a entender las diferentes facetas sociales, culturales, económicas, políticas y sociales que presenta un país en cuyo territorio conviven múltiples regiones, y en cada una de ellas también lo hacen variables costumbristas que marcan el desarrollo del Estado Social de Derecho en cada una de ellas.

Al respecto, es claro que normalmente la sociedad tiene claro que el imperio de la ley se origina de la idea de ley, o de un conjunto de leyes o códigos, y así de una manera empírica el Derecho es un conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres, y en

---

<sup>19</sup> Derrida, J. (1997). Del Derecho a la justicia. Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad. Madrid. Tecnos.

tal sentido los jueces son los encargados de darle trámite y de aplicar la ley es decir, confrontar una situación de hecho con el fin de saber qué es lo que se puede y lo que no se puede decidir, en este sentido estaríamos entonces hablando discrecionalidad del juez frente a la decisión judicial.

Para determinar si existe justicia en el Derecho es importante retomar el concepto de Derecho, como el conjunto de normas de conducta humana obligatorias y conformes a la justicia, lo que involucra que estamos delante de un ente normativo de características supra-sociales que tiende a regir la vida de los sujetos de un determinado país en forma justa, y que a la vez, será modificado por la variación y actualización de la idea de justicia que tenga la sociedad por medio de los miembros que está operando según su ordenamiento.

Si pasamos a analizar lo que es justicia, encontramos que la justicia busca el bien común a través de leyes y normas, pero más que un concepto es un sentimiento, porque el hombre siempre realiza conductas a las cuales se les puede catalogar como justas o injustas; el Derecho se concibe justo por naturaleza, mientras que las leyes tratan de serlo, porque es importante citar que no es lo mismo ley que Derecho; ya que toda ley es Derecho, pero no siempre todo Derecho es ley. La ley es una parte del Derecho, ella surge de él.

Hoy el concepto de Derecho ha cambiado, las normas que abarcan todo el ámbito social, desde las relaciones entre personas hasta las relaciones del Estado y sus instituciones con respecto a otros Estados y la justicia son la fuente inspiradora de la ley y del comportamiento humano, y tal idea es la que sienta como principio irrefutable de subsistencia del sistema socio-jurídico, sin ser Derecho igual a justicia, porque el Derecho no siempre va a englobar a todas las situaciones ni a todas las personas que integran una sociedad.

El imperio de la ley es justo, se podría decir que es inherente a él, sin embargo, son los seres humanos los que lo hacen injusto, puesto que los legisladores hacen el Derecho positivo y éste es el que debe ser observado por todos, el hombre no es tan justo como el Derecho, aunque: “la razón humana puede comprender y describir, mas no ordenar. Querer encontrar en la razón normas de conducta, es una ilusión como la de pretender extraer tales normas de la naturaleza” (Kelsen, 1997, p. 91)<sup>20</sup>. Lo que deja entrever que es el hombre quien incurre en el error, aunque se puede justificar de otra manera, diciendo que la justicia nunca es absoluta, y en realidad nunca lo es y es allí donde el hombre se cobija y se respalda para ser injusta.

La importancia social de la justicia la determinan los niveles de desarrollo democrático que se pueden observar en las ideas y en las actitudes hacia la justicia por

---

20 Kelsen, H. (1997). Teoría pura del Derecho. México, Porrúa.

parte de todos los actores sociales y políticos, incluyendo los propios jueces, y mediatizada por la nueva relación entre Estado y sociedad, las democracias comparten en todo caso una característica fundamental: la independencia del juez. Es decir, existen un conjunto de garantías destinadas a asegurar que el juez actúe de manera imparcial respecto a las partes y respecto a las otras instituciones políticas, y que el juez actúe protegiendo las libertades de los ciudadanos.

Si bien es cierto que la justicia se encuentra apoyada en el Derecho, no significa que exista justicia porque existe el Derecho, en realidad se puede hablar más de injusticia que de justicia en el mundo, hoy vivimos en un mundo en colapso, donde los Derechos han sido diezmados, de hecho la desigualdad en la sociedad colombiana marca la vida de los habitantes, sobre todo de los más necesitados, por lo que se ve afectada su forma de vivir; la injusticia es evidente pese al Derecho que lo apoya, significa entonces ¿qué el Derecho no genera justicia?. Aristóteles decía: “que lo justo será lo que es conforme a la ley y a la igualdad; y lo injusto será lo ilegal y lo desigual” (Stammler, 1930, p. 123)<sup>21</sup>. Entonces podríamos decir que la desigualdad social y económica que vive Colombia es ilegal y desigual, porque si lo justo es conforme a la ley y genera igualdad, entonces no existe justicia.

Si buscamos un apoyo filosófico, encontramos que Platón considera: “una sociedad perfectamente justa sería aquella en la que cada uno realizase correctamente la

---

21 Stammler, R. (1930). Tratado de Filosofía del Derecho. Madrid. Editorial Reus

función que le asignan los gobernantes, conforme a sus capacidades físicas y mentales” (Crombie, 1979, p. 86)<sup>22</sup>, por lo cual propone dar todo el poder político a los más sabios y distribuir los bienes económicos de tal manera que tengan prioridad los fines sociales frente a los individuales, sin discriminación en razón de sexo.

De este modo los mejores llegarán a los puestos de mando y se podrá alcanzar la armonía social en que, según él, consiste la justicia, armonía que se ha perdido gracias a los preceptos del hombre en la práctica del Derecho, donde se tienen una serie de limitaciones morales, profesionales, éticas, etc.

En la teoría fundamental de las normas y las leyes, la justicia se desenvuelve como protagonista, donde se afirma que existen dos categorías de bienes:

**El bien común y el bien particular de cada hombre. El primero es objeto de la justicia general; el segundo, lo es de la justicia particular. La justicia general, que además de promocionar el bien común debe conservar el orden y la unidad sociales, se manifiesta mediante la ley; por esta razón, también se la denomina justicia legal (Abbagnano, 1997, p. 713)<sup>23</sup>.**

---

22 Crombie, I. M (1979). Análisis de las doctrinas de Platón. Tomo I: El hombre y la sociedad. Madrid. Alianza Editorial

23 Abbagnano, N. (1997). Diccionario de Filosofía. Bogotá. Fondo de Cultura Económica

Y en consecuencia, debe ser eficaz para originar relaciones armoniosas entre los hombres.

La justicia como virtud permanece en la voluntad del sujeto, aunque supone un juicio intelectual anterior, porque la justicia como virtud dictamina los actos de los hombres a su bien personal, y puede ser contemplada tanto desde el punto de vista ético que atiende a la realización del sujeto agente y al bien personal logrado a través de esa conducta ética, como desde el punto de vista del Derecho, dado que existen algunos deberes que se contraen con los demás, que al estar prescritos en las leyes pueden encontrar medios de realización coercitiva (forzosa) valiéndose incluso de la fuerza pública; deberes u omisiones que pueden encontrar al sujeto agente como responsable, ya sea para reconocer el cumplimiento del deber y la inmunidad de coacción que favorece al sujeto cumplido, como para atribuir responsabilidades al sujeto que omite lo debido o que realiza lo contrario.

Todos debemos responder por nuestros propios actos, dado que somos el centro de imputación de ellos. Así como consecuencia del acto de justicia realizado libremente por la persona virtuosa, la persona o sujeto agente debe responder ante los demás, como también responderá por la ausencia de la conducta debida aquel sujeto que omite el acto que es debido a otro.

“El Derecho contemporáneo y su materialización de justicia, como un orden justo, surgido del acto fundacional, tiene dos características: Su centro de gravedad es la dignidad de la persona humana y sus condiciones de cualificación de la vida, cada vez más universales y la prevalencia de lo sustancial, cuyo origen está en la Constitución; es decir, el Derecho contemporáneo hay que entenderlo en su triple dimensión: hechos, normas y valores y, como un colonizador de la vida social y política, pero desde la perspectiva constitucional, no legal”. (Reale, 1997, p. 31)<sup>24</sup>.

De esto se concluye que en teoría y en filosofía el Derecho es inherente a la justicia, que busca un mejoramiento continuo en su aplicación, si nos trasladamos a los objetivos del Derecho encontramos que él busca la paz, la seguridad pública y lo que es más importante la equidad, en donde cada individuo debe recibir lo que se le debe en virtud de su contribución al bien común.

En esencia, el Derecho es justo porque siempre busca el bienestar, sin embargo este no ha obtenido en su desarrollo poder implementar la justicia de manera gradual, muestra de ello es la justicia en el Derecho colombiano, donde es importante citar que el Derecho ha sido creado en el acto fundacional, contenido en la Constitución, lo que se constituye en el instrumento eficiente para establecer y asegurar una orientación racional

---

24 Reale, M. (1997). Teoría tridimensional del Derecho. Madrid. Tecnos.



del proceso que implica la existencia de las garantías que aseguren, tanto la aplicación de la legislación positiva, como la discrecionalidad de los jueces en cada una de sus actuaciones, pero pese a la práctica del Derecho bajo la concepción del Estado Social de Derecho, la justicia del Derecho en Colombia no emana los resultados esperados por los implicados en cada caso especial debido a la subjetividad con la que cada juez actúa, es decir, para determinar si el Derecho es justo o no, es importante reubicarnos y citar que existen diferentes contextos jurídicos, entre ellos, Puentes considera que el Derecho se basa en “argumentos morales como el que Dios nos da las reglas del juego y es el mismo Dios quien nos dará la justicia divina” (2009). Otros, por el contrario, lo consideran que provienen de órganos razonablemente constituidos para ello, las leyes las hace el órgano legislativo, las ejecuta el órgano ejecutivo y la justicia la da el órgano judicial; estos órganos encuentran su facultad en una constitución o estructura política, económica y social que por medio de un acto constituyente, una mayoría determinara el tipo de Estado que se quiere para un tipo determinado de sociedad, bajo las dos percepciones el Derecho es conductor innegable de justicia porque busca mantener un orden social, político y económico, lo que permite evidenciar que aunque la justicia es inherente al Derecho, no puede hablarse de una justicia total dadas las circunstancias actuales, porque el Derecho no tiene como objetivo la justicia sino mantener un orden a través de coacción de la ley, esto significa que en caso de que no nos sometamos a la ley, tendremos que ir a los tribunales para que resuelvan nuestras controversias, y es ahí donde un juez dice si somos responsables o no, de cumplir la ley y si somos o no merecedores de la pena.

La justicia en cambio la podemos definir como un deseo que tienen los sujetos en la sociedad, de que sean reconocidos como iguales frente al Derecho y que éste no abuse de su facultad forzosa y apremiante.

Las leyes y las normas se fortalecen con la justicia, a medida que los seres humanos se encuentren satisfechos con los diferentes veredictos, ellos darán fe de que las leyes implementan justicia, pero de igual manera existirán las contrapartes que lo niegan considerando que el Derecho está lejos de la justicia, es por ello que se fortalece si las leyes se aplican con justicia, el Derecho es un sistema de reglas públicas que rige las relaciones de unos con otros y que cuenta con el respaldo del poder coactivo de las instituciones públicas.

Estas concepciones del Derecho representan dos posiciones extremas, pero existe una postura intermedia, que considera que no es necesario admitir la existencia de unas normas jurídicas aún no positivadas que serían superiores con respecto al Derecho positivo, ni tampoco es preciso aceptar la mera positividad de las normas jurídicas como único requisito para aceptar su validez, lo que explica que el desarrollo de las normas y leyes incurren en la injusticia en las posturas intermedias, y es ahí cuando el Derecho deja de ser justo.

El Derecho es considerado por Santo Tomás de Aquino como: “el instrumento mediante el cual los hombres pretenden encarnar la realidad de la idea de justicia” (Castan, 1947, p. 197)<sup>25</sup>, considerando que ambos no son términos encontrados y que los legisladores en el momento de la creación del Derecho deben tener la idea de justicia siendo trascendental el objetivo para ellos, lo que se constituye en una invitación a la construcción de normas y leyes bajo un concepto de justicia, porque el Derecho y la justicia son un dúo inseparable, el Derecho tiene desde su raíz un alto nivel de transformación, es decir que se debe adaptar a los constantes cambios que se producen en la sociedad, es una herramienta que va detrás de los cambios.

Para lograr que la idea de justicia se vea plasmada en el Derecho, los estados deberán ganar en eficiencia legislativa, para, de esta manera, adecuar rápidamente la legislación a las necesidades sociales e incluso poder vislumbrar con anterioridad las contingencias que en el futuro cercano ocurrirán, para así ser un Estado que luche por la justicia sin ser considerado teóricamente su Derecho como tal, pero si en la posibilidad de cristalizar el verdadero Derecho.

### 6.3 El Imperio de la Ley y el Derecho Positivo

El Derecho positivo se define como el conjunto de normas jurídicas emanadas de autoridad competente y que esta reconoce y aplica. “Es, en otras palabras,

---

<sup>25</sup> Castan Tobeñas, J. (1947). Teoría de la Aplicación e investigación del Derecho. Madrid. Instituto Editorial Reus.

el Derecho que se exterioriza en las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina, y cuya aplicación puede ser exigida por cualquiera que tenga un interés jurídico en hacerlo”. (Rawls, 1997, p. 12)<sup>26</sup>.

Estas doctrinas negadoras de la existencia de un poder judicial discrecional lo hacen por la convicción de que no es posible que existan diferencias en los criterios jurídicos, por la creencia de que la discrecionalidad judicial es evitable.

En este contexto del Derecho positivo es claro que el sistema jurídico posee propiedades que le proporcionan al juez la solución única y precisa de cada caso ajustado perfectamente a la norma, sin que los criterios argumentativos e interpretativos sean necesarios para colmar las indeterminaciones de un caso u otro.

El Derecho positivo se torna como el sistema de normas coercibles, que han regido o rigen la convivencia social (o si se quiere, la conducta humana en su interferencia intersubjetiva). “La expresión positivo hace referencia etimológicamente a alguien que lo pone o establece, porque en realidad, el Derecho es establecido por quien tiene facultad para hacerlo” (Pascuarelli, 2001, p. 291)<sup>27</sup>.

---

26 Rawls, J. (1997). Teoría de la Justicia. México. Fondo de Cultura Económica.

27 Pascuarelli, J. (2001). Aspectos sobre la construcción de la decisión judicial; en Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Pp. 287-299

En este contexto, es indudable que toda clase de normas jurídicas (leyes, jurisprudencia, contratos, testamentos, costumbres, entre otros), constituyen en conjunto lo que se denomina Derecho positivo, que dentro de nuestro contexto de análisis se denominaría entonces, imperio de la ley.

Dentro del contexto de la aplicación de las leyes, los jueces no aplican su criterio y teniendo en cuenta las condiciones que presenta cada espectro jurídico, es decir, teniendo en cuenta las condiciones sociales, espaciales, políticas entre otras, de un pueblo, cuando se trata de tomar decisiones sobre un caso en particular se refiere, simplemente se ajusta al imperio de la ley o al Derecho positivo.

No obstante, es necesario entender que existen otras posibilidades, otros métodos, utilizando la aplicación de las normas, de tal manera que exista una relación directa con el sentido de justicia que debe estar presente en todos los fallos judiciales.

Bajo este contexto del Derecho positivo como norma dictada para que el juez imparta justicia, nos encontramos entonces con el método de aplicación, que de entrada es importante definir y se refiere a al método inductivo y al método deductivo.

El método inductivo o inductivismo es aquel método científico que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos esenciales: la observación de los hechos para su registro; la clasificación y el estudio de estos hechos; la derivación inductiva que parte de los hechos y permite llegar a una generalización; y la contrastación.

Y de otro lado, está el método deductivo, que se refiere a un método científico que considera que la conclusión se haya implícita dentro de las premisas. Esto quiere decir que las conclusiones son una consecuencia necesaria de las premisas: cuando las premisas resultan verdaderas y el razonamiento deductivo tiene validez, no hay forma de que la conclusión no sea verdadera; a partir de estos conceptos el juez determina la aplicación de un concepto jurídico explícito sumergido en el imperio de la ley, dependiendo de si existe un hecho probado, o cuando el juez debe ordenar un gran conjunto de conceptos particulares bajo el universo general.

A partir de esto, entendemos entonces, que el conocimiento científico aplicado a la adquisición u obtención de la verdad, conlleva necesariamente a entender la aplicación correcta de un método de aplicación, esto quiere decir entonces verificar que exista relación entre un hecho con la realidad, esta tarea es relativa al Derecho en cuanto es

necesaria para entender la relación que existe entre la decisión del juez y determinados hechos que conllevan a tomar dicha decisión pero en la práctica es una relación que se deriva de todas las actividades del conocimiento humano.

En concordancia con esto, el juez puede centrar su decisión judicial en la aplicación de un concepto jurídico en la etapa de juzgamiento y principalmente en el momento de tomar la decisión final, entendiendo claro está que es necesario que la aplicación de justicia se entienda desde la discrecionalidad del juez, pues es necesario aceptar que el juez determina la utilización del imperio de la ley, pero a la vez también es claro que existen aspectos fundamentales para tomar una u otra determinación y éstos están enmarcados en la discrecionalidad del juez.

Al respecto, es importante verificar conceptos históricamente que sobre el método deductivo nos hemos encontrado históricamente, “el método deductivo es el procedimiento cognitivo que permite obtener consecuencias particulares o singulares de principios o afirmaciones generales” (Definición de, 2015, referencia: método inductivo)<sup>28</sup>; y de otro lado encontramos otra definición que nos explica que el método deductivo implica la acción de conducir a partir de. En síntesis, la deducción es un método cognitivo que hace posible emitir una conclusión particular o singular a partir de

---

28 Definicion.de. (2015). Diccionario virtual. Referencias: método inductivo <http://definicion.de/metodo-inductivo/> y método deductivo <http://definicion.de/metodo-deductivo/>

la conducencia de un enunciado general, contrastado con un enunciado particular o singular (Definición de, 2015, referencia: método deductivo)<sup>29</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista histórico es importante resaltar que desde tiempos anteriores el razonamiento deductivo fue necesariamente analizado y revisado por los grandes pensadores, que como Aristóteles, incluyeron en sus importantes textos, conceptos como que a partir de ciertas premisas se derivan conclusiones:

Las primeras consideraciones del método deductivo podrían remontarse a los trabajos de Descartes a comienzos del siglo XVII, en su afán de encontrar un método que proporcionara un mejor conocimiento de las diferentes esferas de actividad. Por consiguiente, los objetivos de Bacon y Descartes eran similares, sin embargo, la forma de conseguirlos era diametralmente opuesta. Descartes utilizaba la deducción y las matemáticas como punto referencial, mientras que Bacon le prestaba muy poca atención a estos instrumentos (Ferrajoli, 2005, p. 89)<sup>30</sup>.

Desde los aportes tomados de éstos grandes pensadores y teniendo en cuenta que es necesario entender la utilidad del imperio de la ley desde el punto de vista jurídico

---

29 Definicion.de. (2015). Diccionario virtual. Referencias: método inductivo <http://definicion.de/metodo-inductivo/> y método deductivo <http://definicion.de/metodo-deductivo/>

30 Ferrajoli, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de Derecho; en Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México.



como herramienta discrecional que le permite al juez apuntar hacia una dirección que lo lleva a entender una situación determinada, en tal sentido que le permita obtener criterios particulares y llevar a entender situaciones que permitan obtener un juicio de racionalidad.

Sin embargo, y pese a que hemos presentado ya los conceptos básicos incluso de grandes pensadores y bajo el entendido de que la aplicación del método deductivo fue y ha sido funcional en la toma de decisiones judiciales, enmarcadas en la subsunción de una ley que se encuentra ya escrita y determinada, es necesario repensar el concepto, toda vez, que necesariamente se encuentra contrapuesto con la idea de que el juez debe tener la libertad de ser discrecional en el sentido de encontrar paradigmas de tipo social, económico, entre otros, que lo lleven a ajustar su decisión judicial en un marco normativo pero también ajustado a la realidad del mundo actual.

Pero al respecto es necesario entender conceptos como la discrecionalidad del juez, el imperio de la ley, y la aplicación de un concepto jurídico enmarcado dentro una sociedad determinada, es así como nos encontramos entonces, que la aplicación del imperio de la ley bajo el marco del método deductivo podría estar fuera de contexto de la actualidad jurídica en la esfera social que envuelve el mundo actual.

Es necesario entonces analizar que bajo el método deductivo, la parte dura es la determinación y probanza de los hechos, porque la norma en la cual van a ser subsumidos está ya hecha y lista. En esta etapa no hay contaminación con la discusión jurídica. Se trata de una pura fijación fáctica, es de naturaleza claramente empírica. En la segunda fase el problema será la determinación de la norma completa –a veces con agregación de sectores o circunstancias de diversas y dispersas normas - que es aplicable al caso (Quintero, 2008)<sup>31</sup>.

Esto es básicamente, que el método deductivo se enmarca dentro de un contexto tácito, del cual no es posible encontrar variables, “el método deductivo está de espaldas a la realidad cuando descarta la incidencia de factores ajenos al Derecho en la decisión jurídica. De otra parte se rechaza la pretensión de que por vía deductiva se encuentre la única solución adecuada” (Quintero, 2008)<sup>32</sup>; esto se ha considerado razonable desde el punto de vista de que necesariamente no es claro entender la decisión judicial como un proceso lógico puro.

A partir de esto, se ha de inferir entonces que el positivismo jurídico se fundamenta en que siempre se encontraran casos claros en los que el uso de los términos no deja lugar a dudas. Sin embargo, también admite que habrán eventos donde los

---

31 Quintero Valencia, E. (2008). Estudio crítico del método lógico deductivo en el Derecho. [Artículo online] <http://maximogris.net/revista/?p=122>

32 Quintero Valencia, E. (2008). Estudio crítico del método lógico deductivo en el Derecho. [Artículo online] <http://maximogris.net/revista/?p=122>

conceptos pueden estar indeterminados o contradictorios; es decir, casos donde resulta dudosa la aplicación del concepto. Así, el positivismo partiendo de una visión del Derecho y comunicación, afirma que algunas proposiciones jurídicas serán verdaderas y otras falsas, siendo el problema precisar de qué depende la verdad o falsedad de estas proposiciones que no son vagas.

La dogmática jurídica se dirige a los jueces y demás operadores del Derecho, proponiendo soluciones jurídicamente correctas para casos relevantes. El positivismo jurídico le niega esta actividad al dogmático por exceder el conocimiento descriptivo del Derecho que le recomienda. La labor práctica de solución de problemas jurídicos no es aceptada por el positivismo porque no sería susceptible de racionalización. (Uno de los autores que defienden el argumento anterior es precisamente Hans Kelsen quien considera que el Derecho es un orden normativo, un sistema de normas, coordinadas entre sí, formando un todo coherente (Rodríguez, 1997, p. 92)<sup>33</sup>.

#### 6.4 Casos Difíciles

Como ya se ha enunciado, el juez tiene el deber constitucional de administrar justicia, partiendo de un estudio de los hechos, la discusión de los Derechos y la posterior aplicación de la ley; pero este ejercicio es complejo, en la función jurisdiccional se presentan variables como consecuencia de un sistema judicial creado por personas

---

<sup>33</sup> Rodríguez, C. (1997). El debate Hart – Dworkin. Bogotá. Siglo del hombre Editores Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

humanas, lo cual hace que desde el comienzo el Juez deba sobreponerse a múltiples dificultades que intervengan en su decisión. La primera dificultad que debe afrontar un Juez a la hora de administrar justicia se encuentra en el mismo texto legal del que se sirve para sustentar sus decisiones, ya que como se señaló anteriormente, estas normas son obra de personas humanas, lo que significa que no son una creación perfecta, por lo tanto los sistemas jurídicos son construcciones “inacabadas cuyo lenguaje no es absolutamente claro e inequívoco” (Sánchez Álvarez, 2009)<sup>34</sup>.

Reconociendo entonces que la actividad judicial es compleja, que el sistema normativo maneja un lenguaje indeterminado, y que se pueden presentar vacíos o lagunas; se acepta de igual forma la presencia de los llamados casos difíciles (así se refiere Dworkin a aquellos casos frente a los cuales el Derecho no es totalmente explícito, en el sentido de que no existe una respuesta jurídica).

### 6.5 El Concepto de Discrecionalidad del Juez

En este contexto debemos entender el concepto de discrecionalidad del juez, dentro de un marco jurídico, político y social envuelve cualquier disquisición jurídica para determinar una decisión final.

---

34 Sánchez Álvarez, 2009, p. 139, [Artículo online]: [http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54\\_4208\\_estudios-dic-2009-sanchez-alvarez-.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_4208_estudios-dic-2009-sanchez-alvarez-.pdf)

Por lo tanto surge la necesidad de entender que la discrecionalidad del juez basado siempre en el principio de legalidad del Derecho sobre el deber de asumir una posición respetuosa hacia el cumplimiento de la norma, ya sea de corriente positivista o bien sea de consideración asertiva, y la aplicación del criterio de discrecionalidad judicial como un compromiso personal, de carácter filosófico, sin desmedro de sus facultades o atribuciones para emitir las decisiones que considere correctas, para que la exigencia y disposición en el trabajo estén sustentadas en la ética y moral y en el uso del poder de su libertad con responsabilidad en la solución de casos fáciles o difíciles.

En Colombia por ejemplo, la misma Constitución Política plantea la posibilidad de adoptar cualquiera de las posiciones porque en su articulado existen diferentes formas de interpretar un acto jurídico. La interpretación del artículo 230 de la Constitución Política, es de sometimiento de la legalidad de las normas y el imperio de la ley, mientras que tanto el art. 4 y artículos 93 y 94 de la misma norma abren la posibilidad de reconocer la supremacía constitucional como norma de normas, también contempla el hecho de tener en cuenta los convenios y tratados internacionales ratificados por el congreso que reconocen los Derechos humanos, para que dicho juez aplique en sus sentencias una valoración mucho más ajustada a la razón y a la ética donde prevalezca la discrecionalidad acerca del concepto jurídico.

Si bien es cierto, el método deductivo ha permitido a lo largo de la historia, aplicar justicia, podríamos decir que a través de fallos mecánicos, sin permitir arbitrariedad en la aplicación de la norma, también lo es, que estamos asistiendo hoy día a la modernización y revaluación de todos los conceptos de nuestra sociedad. La intencionalidad perceptible de la problemática, sobre cuál de las teorías judiciales es más acertada frente a la norma de normas y a los postulados teóricos de la discrecionalidad, definen la posición tendiente sin lugar a dudas, a dar prelación a la práctica de la discrecionalidad judicial, antes y durante el análisis de hechos en busca de una decisión justa y precisa.

No es desacierto aseverar que hay errores comunes que afectan la integridad judicial, familiar y personal, por el abuso de poder, y por la indiferencia hacia la práctica y la aplicación de la discrecionalidad de quienes tienen un deber jurídico, según el estado de conciencia individual, pero tampoco es disonante pensar que dichos errores puedan evitarse al máximo, cuando se descubra que es lo contradictorio en la aplicación del concepto del método deductivo, es decir, la aplicación de la norma jurídica de manera completamente cerrada.

Al respecto, es importante realizar un análisis de dos grandes teorías de carácter relevante en el tema de discrecionalidad judicial, encontramos la del inglés H.L.A Hart (Kennedy, 2002, p. 85)<sup>35</sup> y la de su opositor, el norteamericano Dworkin. Ambos exponen

---

<sup>35</sup> Kennedy, Duncan. (2002). Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica. Bogotá. Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores.

un debate plasmado en su libro *La decisión judicial* (Rodríguez, 1997, p. 23)<sup>36</sup>; con el cual se transformó de manera profunda la visión moderna en lo referente al desempeño de los jueces, la relación entre el Derecho y la moral, y el propio concepto de Derecho.

La teoría de Hart desarrolla dos características fundamentales. En primer lugar, la teoría es de carácter general en el sentido en que no intenta explicar un sistema jurídico particular como el norteamericano, si no que se abre pasó a cualquier sistema jurídico vigente en la sociedad contemporánea incluido el nuestro.

En segundo lugar, la perspectiva de estudio en Hart describe y aclara la estructura del Derecho y su funcionamiento sin considerar para ello la justificación moral de las prácticas jurídicas, construyendo una propuesta comprehensiva sobre los problemas centrales de la teoría del Derecho como la relación entre eficacia y validez, la interpretación, los vínculos entre justicia y Derecho, entre moral y Derecho y las condiciones de existencia de un ordenamiento jurídico y su aplicación a casos límites como el Derecho internacional y el Derecho de las sociedades primitivas.

Opuesto a lo anterior, la teoría de Ronald Dworkin por el contrario es valorativa y justificativa, va dirigida a una cultura jurídica en particular (Derecho Anglosajón), dicha

---

<sup>36</sup> Rodríguez, C. (1997). *El debate Hart – Dworkin*. Bogotá. Siglo del hombre Editores Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

teoría se caracteriza por ser interpretativa, ya que identifica los principios que mejor se adecuen al Derecho establecido y a las prácticas de un sistema jurídico; sostiene que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término de la regla jurídica, donde es equivoco afirmar que en estos casos los jueces tienen poderes discrecionales.

Al mismo tiempo sostiene además, que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica y que es erróneo afirmar que en ellos los jueces tienen poderes discrecionales, negando así cualquier poder excepcional en la creación de normas jurídicas. Sugiere en ese orden de ideas que para los casos fáciles y difíciles opera la misma solución, la cual está determinada en que los jueces deben aplicar los principios vigentes en el ordenamiento jurídico. La idea central en Dworkin es entonces, que además de las reglas, entendidas como pautas relativamente específicas de conducta, el Derecho está formado por otro tipo de pautas a las que denomina “principios”.

Lo anterior reitera que la decisión judicial sometida al imperio de la ley y el poder discrecional del juez tiene inmerso un desafío comprometedor en el campo del conocimiento, de la educación, de la cotidianidad, y de la aplicación moderna de los conceptos jurídicos enmarcados dentro del contexto histórico actual, de manera tendiente a instruir y formar nuevas esferas judiciales de manera que el control organizativo no sea solo sobre la aplicación de la norma, sino también sobre el manejo del poder discrecional.



El imperio de la ley se muestra así mismo en el origen y concepción de los principios políticos desde el rango mismo de las Constituciones. El mismo principio fundamental de legalidad se ajusta al imperio de la ley. El principio de legalidad es el marco según el cual toda decisión judicial o administrativa es una especie deducible del género dado por la norma constitucional. Y de la precisión de este encuadre surge la legitimación o legitimidad de la inferencia que hace el juez o propone el jurista (Rodríguez, 1997, p. 38)<sup>37</sup>.

Los planteamientos a que hacemos referencia, se originan cuando Hart, en el Concepto de Derecho, define la discreción judicial como la posibilidad de elegir entre diferentes cursos de acciones válidas para cuando no exista respuesta jurídica correcta, en donde existe más de una interpretación razonable, y los jueces tienen discrecionalidad (1961, p. 15)<sup>38</sup>, es decir, poder de decisión para escoger la interpretación que consideren más apropiada cuando la regla es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada, entonces este no está aplicando el Derecho porque las reglas no le indican una u otra dirección, si no que crea una solución para el caso en concreto.

---

37 Rodríguez, C. (1997). El debate Hart – Dworkin. Bogotá. Siglo del hombre Editores Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

38 Hart, H. L. A. El concepto de Derecho. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1961)

Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en los que las reglas no la determinan, en tanto esto sólo sería posible si hubiera una pirámide dinámica de principios, una escala completa de los principios de un sistema jurídico y, además, pudieran establecerse todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose así inequívocamente la decisión en cada caso.

Esta versión probablemente resida en que el juez siempre encontrará elementos normativos que justifiquen la toma de una decisión en determinado caso, mostrando con esto que no crea sino que reproduce de nuevo el Derecho existente, interpretándolo, organizándolo y aclarando conceptos.

La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios. En efecto, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el

principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos a través de una ponderación (Sentencia T425, 1995)<sup>39</sup>.

Desde este punto de vista, sería posible afirmar que lo que parecen hacer los principios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad del legislador, pues en el esquema del constitucionalismo contemporáneo el sistema queda saturado mediante los principios, con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del constituyente, se muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez.

Dice Bernal Pulido, la diferencia entre reglas y principios ocasiona un tipo de normatividad para cada una (Bernal, 2005, p. 583)<sup>40</sup>. La normatividad en el caso de las reglas, asume que estas son adaptables por completo o no lo son imperiosamente para la solución de un caso en particular. Es decir, si la regla es ajustable al hecho, el juez debe aplicarla completamente; o por el contrario, el supuesto de hecho advertido por la regla no se comprueba, el juez debe alejarse de su aplicación.

---

39 Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-425 del 26 de septiembre de 1995. En el proceso de tutela T-72178, promovido por AUGUSTO VARGAS SÁENZ contra ANAÍIS MORENO DE ALZATE. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm>.

40 Bernal Pulido, C. (2005). El principio de Proporcionalidad y los Derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales.

En tal caso la normatividad de los principios reside en la optimización. Ya lo dice Alexy, los principios son mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible entonces el principio que tenga el mayor peso concreto, va a predominar respecto al caso en conflicto entonces se va a ordenar o prohibir algo en forma en que haya salido vencedor, alguno de los dos principios en conflicto. Esta normatividad se concreta en la norma de competencia para llevar a cabo una ponderación, o con mayor precisión, para aplicar el principio de proporcionalidad, y así determinar cuál es la máxima medida posible en que el principio debe realizarse, habida cuenta de las razones jurídicas y fácticas que juegan en contra. El principio de proporcionalidad, es un acumulado articulado de tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Bernal, 2005, p. 575)<sup>41</sup>.

Toda intervención en un principio jurídico debe ser adecuada para contribuir a la realización de otro principio jurídico, toda medida de intervención en un principio debe ser la más benigna con el principio intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. En este sentido Bernal Pulido y Robert Alexy, están de acuerdo en que en la etapa de la ponderación se consideren la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Cuando los principios chocan, el instrumento de mayor eficacia para suprimir esa colisión es el método de la ponderación, en donde no se requiere establecer una relación absoluta sino una relación de precedencia condicionada, entre los principios

---

<sup>41</sup> Bernal Pulido, C. (2005). El principio de Proporcionalidad y los Derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales.

a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial. La estructura de la ponderación o ley de ponderación hace alusión a cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Bernal, 2005, p. 584)<sup>42</sup>.

De ahí entonces que el concepto de “principio jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, podría considerarse como una norma general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de conceptos jurídicos indeterminados; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos (Quintero, 2008, p. 38)<sup>43</sup>.

El debate entre H.L.A Hart y Ronald Dworkin, visto como el enfrentamiento entre dos teorías clásicas de gran importancia, el positivismo jurídico y el interpretativismo, ha aportado nociones iniciales importantes, “como el fenómeno de la invención y los

---

42 Bernal Pulido, C. (2005). El principio de Proporcionalidad y los Derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales.

43 Quintero Valencia, E. (2008). Estudio crítico del método lógico deductivo en el Derecho. [Artículo online] <http://maximogris.net/revista/?p=122>

principios del Derecho que ofrecen soporte y marco a la actividad judicial discrecional. Así los valores, los principios y los Derechos no son Derecho si no se incorporan al sistema jurídico por las puertas por las que entra la moralidad en el Derecho. Por tanto, no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento (Bonorino, 2003, p. 39)<sup>44</sup>. Dicha regla posee las propiedades de ser una regla secundaria y la de poder ser vista tanto desde un punto de vista interno y externo al mismo tiempo.

En nuestros días las tesis de la discrecionalidad de los jueces de Hart, trasplantada o transmutadas con éxito al contexto constitucional latinoamericano posibilitan la configuración de un Estado en el que el juez adquiere un papel preponderante no solo jurídica, sino políticamente. La tesis Hartiana a nuestra latitud latinoamericana ha tenido un destacado efecto en el ámbito constitucional donde la función interpretativa del Derecho por parte del juez ha extendido en razón de la naturaleza de la normatividad constitucional que es objeto del estudio jurisprudencial, así como de la misma configuración institucional de los tribunales constitucionales.

Los llamados casos difíciles han tenido foco en las discusiones de los tribunales constitucionales, dado que los enunciados constitucionales referentes a las libertades

---

44 Bonorino, Pablo Raúl. (2003). *Integridad, Derecho y justicia: Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencia políticas y Sociales.

básicas y los Derechos fundamentales son quizás los que mejor encajan en la textura abierta del lenguaje jurídico, y por ello posibilitan diversas interpretaciones dentro de las teorías dominantes. “En efecto, al decir que el juez proyecta primero la sentencia a la que quiere llegar (Duncan Kennedy) y posteriormente elabora su argumento moldeando el campo jurídico, quiere decir que independientemente de la teoría a la cual el juez se acoja, lo que prima en últimas es un juicio desencajado e indeliberado. En otras palabras, el juez, el estudiante o el litigante primero emiten una respuesta al problema jurídico planteado atendiendo a muy diversos factores para luego tratar de proporcionarle a dicha solución (la sentencia a la que se quiere llegar) una base argumentativa sólida y para esto se recurre tanto a argumentos propios del formalismo o argumentos nuevos (Rodríguez, 1997, p. 112)<sup>45</sup>

Como consecuencia de lo anterior se desprende que clasificar a un juez de formalista o antiformalista es un ejercicio complicado, ya que para justificar el juicio emitido el especialista jurídico se apropia de las herramientas argumentativas e interpretativas que le sirven para llegar a su decisión final, con independencia de si son clásicas o novedosas.

La función judicial tiene ineludiblemente un ámbito considerable de discrecionalidad para cumplir con su responsabilidad de resolver casos sin el control de

---

<sup>45</sup> Rodríguez, C. (1997). El debate Hart – Dworkin. Bogotá. Siglo del hombre Editores Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

normas jurídicas generales, y ello obedece en buena parte a la naturaleza misma de las leyes, que necesariamente son siempre generales, ya que hay ciertos objetos sobre los cuales no puede determinarse convenientemente por medio de disposiciones generales, pues la ley se limita a los casos más ordinarios sin que disimule los vacíos que deja pero no por ello es menos buena ni tan poco la falta esta en ella ni en el legislador que dicta la ley.

**Por consiguiente cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que sea engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho si hubiera podido conocer los casos particulares. (Botero G. H., 1997)<sup>46</sup>**

Es en este marco donde, en la década de los setenta, surge un importante debate centrado en el problema de la adjudicación de normas con dos focos principales de controversia; por una parte la necesidad técnica de discreción judicial en la aplicación del Derecho y, por la otra, la justificación de las decisiones discrecionales. El problema de la necesidad técnica de discreción judicial ha sido analizado de diferentes aproximaciones a los límites del Derecho en relación con la obligación judicial de fallar.

---

<sup>46</sup> Botero, Giraldo, Hoyos, Laverde, Martínez, Mayorga, Monroy, Noguera, Plazas, Sanchez, Uprimmy, *Hermenéutica Jurídica*, 1997, p. 87



Y en este contexto, la posición que sostiene la necesidad de discreción judicial ha surgido como consecuencia de la asunción de una tesis restrictiva acerca de los límites del Derecho. En este sentido, el positivismo jurídico, del que se habló al inicio de este trabajo ha defendido la idea de las fuentes sociales o la existencia de una regla de reconocimiento con criterios para identificar el Derecho y, al mismo tiempo, para determinar las fronteras de lo jurídico.

Esto es claro de entender si lo traducimos al contexto local, en la Constitución Política de Colombia el artículo 230, quiere velar porque exista esa realidad sustancial del Derecho y que se respeten los conceptos básicos del mismo y que prime el imperio de la ley en cualquier discusión judicial, máximo si se tiene en cuenta que es premisa constitucional.

Ahora bien, esto es históricamente un orden que ha existido por años, pues ha sido claro que la ley tiene un orden natural, cuyo contenido es la esencia de la justicia, y es un concepto que se enmarco dentro del Derecho positivo, “por tanto, los principios y normas del Derecho son verdades a priori (necesarias), sin origen en la experiencia sensorial (contingentes). A partir de ello, las verdades jurídicas son como las de las ciencias

formales, aprehensibles racionalmente” (Caprio y Castro, 2003, p. 2007)<sup>47</sup> . Entendiéndose esto como que el Derecho es el producto de la razón deductiva, que históricamente ha trabajado los fallos judiciales bajo premisas de entender los códigos jurídicos como un sistema completo y universal.

Desde este contexto, es claro entonces entender que los jueces sencillamente aplicarían los conceptos preestablecidos y con ello se daría por aplicada la ley, y limitarse a entender los conceptos jurídicos aplicando las normas como premisas naturales, llegando a la sentencia como conclusión de la aplicación de la ley que llevaría a dar por entendido que el juez actuó de forma completamente autosuficiente en materia jurídica y que dicha sentencia no está sujeta a discusión alguna desde el campo jurídico.

Pero es claro que debemos pasar la hoja de la historia, y enfrentarnos a realidades modernas que nos presenta la nueva sociedad, las cuales con toda la modernidad también implica nuevos retos en todos los campos de las ciencias, siendo nuestra especialidad el campo jurídico y precisamente la decisión judicial de hoy no es posible pensarla bajo los mismos parámetros históricos, es decir, asistimos a una realidad cambiante.

---

<sup>47</sup> Caprio, F. & Castro, L. (2003). Aspectos Filosóficos de la Motivación Judicial. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. No. 6.

Si bien es cierto el imperio de la ley, ha estado históricamente presente en las decisiones judiciales, es necesario cambiar de paradigma, y entender que la sociedad actual trae consigo múltiples y diferentes problemas que en el campo jurídico deben ser entendidos desde los conceptos sociales, políticos y económicos del lugar de origen de la decisión judicial.

Bajo ese entendido, en estos y otros casos el juez tiene necesariamente que cumplir la tarea de dar pleno sentido concreto a la norma jurídica general, que está formulada en términos abstractos, incluso cuando esa norma jurídica general haya tenido clara expresión.

Para lograr ese fin, dentro de los límites que corresponden a su actividad, está obligado a ejercer una actividad libre, pero basada siempre en los datos objetivos que presentan las situaciones por resolver y sin perder de vista los ideales de justicia y de utilidad común como criterios generales de orientación, pues al encontrarse en contacto directo con las circunstancias propias de cada conflicto jurídico, es el más apto para pronunciarse sobre la solución.

El juez no solamente está llamado a descubrir el Derecho, sino inclusive a crearlo y en ésta labor creadora su última finalidad debe ser la realización de la justicia. Al juez

corresponde luchar por el bien común en el terreno de los casos concretos singulares, en el terreno de la justicia del caso.

Está claro que con la aplicación del imperio de la ley, el silogismo jurídico está presente como método exclusivo y excluyente en la resolución de casos, “y no es más que un juicio lógico realizado por el juez quien partiendo de (i) de una norma general (premisa mayor); lo correlaciona con (ii) un hecho relevante (premisa or), para tomar una (iii) decisión conclusión)” (Fernández, 1988, p. 199)<sup>48</sup>. De tal manera que el juez no tenga alguna posibilidad de aportar conocimiento al fallo, siendo una solución mecánica, el juez no tiene voluntad alguna, pues la voluntad es la expresada por la ley.

La naturaleza jurídica de la actividad del juez necesita incluso entenderse mucho más allá de ser un funcionario judicial cuya función es aplicar la ley estrictamente entendida en un marco jurídico escrito y enmarcado dentro de un método de aplicación que necesariamente debe ser revaluado.

Al Derecho en concreto se le encomienda buscar el equilibrio operativo entre los Derechos fundamentales del individuo y los Derechos de la sociedad, papel

---

48 Fernández Segado, F. (1988). Fetichisme de la loi, séparation de pouvoirs y gouvernement des juges. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de ciencias jurídicas. México. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/12.pdf>. Pp. 187-223.

concreto-político que no correspondía a la religión, a la moral ni a las leyes naturales. En este momento histórico-conceptual encuentra Rad Bruch el punto de partida y la razón de los partidos o corrientes iusfilosóficas” (Quintero, 1997, p. 115)<sup>49</sup>

Con esto queda claro que hay que considerar una separación entre Derecho positivo y la idea del Derecho. La idea del Derecho se define mediante la tríada constituida por: justicia, utilidad y seguridad.

Constantemente el Derecho debe estar nutriéndose de la legalidad y al margen de cualquier duda fáctica que permita siquiera la menor incertidumbre sobre la actuación judicial, también lo es, que no es posible entender el Derecho como una estructura perfecta, y que por lo tanto debe estar dispuesta a recibir, a razonar, a entender, y a crear nuevos conceptos cada día, esta quizás podría ser una finalidad importante para el Derecho.

El agregar conocimiento a un debate jurídico depende directa y solamente del juez, es solo él quien decide construir un conocimiento acorde con su experiencia social, que puede ser llevada a interpretarse de acuerdo a las condiciones específicas de un caso en particular, entendiéndose entonces que existe una discrecionalidad del juez, dentro del

---

49 Quintero Valencia, E. (2008). Estudio crítico del método lógico deductivo en el Derecho. [Artículo online] <http://maximogris.net/revista/?p=122>

marco jurídico de la ley. Analizando los planteamientos que alrededor del tema ha hecho la Corte Constitucional, podemos señalar que el juez está llamado a ser parte activa dentro del desarrollo del Derecho, puesto que al ejercer su labor judicial no sólo se limita a una aplicación mecánica del texto legal, sino a su ponderación e interpretación de acuerdo con los principios y fines señalados por la Constitución, el concepto de Estado Social de Derecho, y las características del caso concreto al cual esta avocado. Tal como lo plantea el alto tribunal, el juez en el Estado Social de Derecho también es un portador de la visión constitucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. Esta nueva forma de interpretar el Derecho se traduce en la “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (Sentencia T-406, 1992)<sup>50</sup>.

Esto marca la importancia que adquiere el juez en el “Estado Social de Derecho”, puesto que si bien el cumplimiento de sus fines compete a la totalidad de las autoridades, es el juez (al desatar la controversia o caso concreto, en el que incluso una de las partes puede ser otro organismo estatal), el llamado a ser garante de la realización de la justicia material y de la preservación de los principios y valores constitucionales, que por su

---

50 Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 del 17 de junio de 1992. En el proceso de acción de tutela promovido por el señor José Manuel Rodríguez Rangel contra el señor Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena y resuelto en primera instancia y única instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

generalidad requieren de la consecuente interpretación en su aplicación al hecho específico. (Lara Arias, 2005)<sup>51</sup>

Es imposible exigir a la ley que prevea la totalidad de los hechos y circunstancias que puedan surgir en el conglomerado social. Se necesita entonces la aplicación de los principios y criterios finalistas constitucionales, que por su carácter general y abstracto requieren de un instrumento de aplicación concreta, en este caso el juez, para que el Derecho consulte la realidad social, de la que no puede abstraerse.

Vale la pena considerar que

**En realidad existen tres grandes posiciones detrás de esta concepción. La primera, asume que esos referentes extrajurídicos constituyen un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera del Derecho natural suministrando una serie de contenidos delimitadores de las opciones interpretativas; la segunda, simple y llanamente considera esos referentes desde el propio enunciado constitucional como criterios extraídos del lenguaje en el que se expresa el derecho, lenguaje que no puede considerarse como indeterminado; y, por último, aquella que sin tomar como referencia un derecho natural o una teoría ética y asumiendo la existencia de significados en las normas, consideran que esos límites valen no por el**

---

51 Lara Arias, 2005, Edición Nro. 5, ISSN 1692 – 1175, [Artículo online]: <http://web.usbmed.edu.co/usbmed/mercatura/nro5/justicia.htm>

**hecho de estar juridificados, sino, por su naturaleza moral. (Duque Sandoval, 2007)<sup>52</sup>.**

---

52 Duque Sandoval, 2007, ISSN 1657-3978, pp. 59 – 106, [Artículo online]: [ojs.udc.edu.co/index.php/conceptos/article/download/177/159](http://ojs.udc.edu.co/index.php/conceptos/article/download/177/159)



## 7. METODOLOGÍA

### 7.1 Enfoques de Investigación

Este trabajo de tesis como requisito de grado para la obtención del título de Abogada, posee una orientación explicativo - descriptivo ya que permitirá explorar y describir los factores variables que intervienen en el fenómeno de la discrecionalidad judicial, con ayuda de una amplia gama de doctrinantes que han sido reconocidos por sus aportes en la materia y un rastreo de información directamente relacionadas con el tema.

Se logra mediante esta metodología identificar cuál es la motivación de la autoridad judicial al adoptar decisiones en los casos a la luz del significado del contenido de textos jurídicos.

### 7.2 Métodos

El método de análisis, es el indicado para realizar el proceso de investigación con el cual podemos iniciar por identificar los conceptos de imperio de la ley, y discrecionalidad judicial, y cada una de las partes que los caracterizan y establecer la relación causa-efecto entre cada uno de estos elementos y el fallo judicial como consecuencia de su aplicación.

### 7.3 Diseños Bibliográfico

Con el propósito de construir el modelo descriptivo de la investigación se realizó un seguimiento bibliográfico en varias etapas, lo cual propicio los elementos teóricos del tema que es objeto de investigación. El diseño bibliográfico está basado en información tomada de:

- Bibliotecas de la ciudad de Manizales: Universidad de Caldas, Universidad de Manizales (obteniendo muy pocos resultados al respecto)
  
- Bibliotecas otras ciudades: Universidad de Cali, Universidad Libre (mostrando como resultado un muy importante pero escaso material de apoyo)
  
- Enciclopedias
  
- Revistas jurídicas.
  
- Páginas WEB.
  
- Artículos On Line.

#### 7.4 Técnicas

Las técnicas a emplear en la presente investigación, estarán orientadas por un enfoque histórico, dentro de las cuales utilizaremos las siguientes:

- a. Revisión de Bibliografía
- b. Lecturas
- c. Doctrina y jurisprudencia

## 8. CONCLUSIONES

Durante mucho tiempo se admitía con dificultad que el juez pudiera disponer de su campo discrecional para darle solución a los casos difíciles. Existieron doctrinas que combatieron la discrecionalidad judicial porque no era precisa ni conveniente, en cuanto a que el sistema jurídico imperante era autosuficiente y cumplía con las condiciones para brindarle al juez una solución única y precisa a cada caso. El problema de la discrecionalidad judicial es un replanteamiento de una cuestión clásica en el Derecho moderno que entra a jugar un papel fundamental en la actualidad de nuestra sociedad y es lograr que ante la ausencia, vacíos y lagunas de la normatividad preexistente se dé solución a los llamados casos difíciles. La discrecionalidad judicial llena un vacío sobre la polémica cuestión del valor de las decisiones judiciales en el campo del Derecho colombiano, muestra un cambio de mentalidad, tanto en la tarea interpretativa de los jueces y magistrados, como en la posibilidad de utilizar ciertas facultades para lograr un mejor desarrollo y desenlace del proceso, siendo este su objetivo principal logrando la integración y total armonización de los principios enunciados en la Constitución Nacional y los postulados de la misma con la concepción actual de justicia.

Además, la discrecionalidad judicial representa una herramienta fundamental esto debido a que existe una legislación sujeta a la moral de los jueces que no se aplica de forma acertada al contexto social del momento, debido en parte al constante cambio de

los valores sociales que sufre el Estado, a la aparición de antinomias como contradicciones o indeterminaciones en las leyes que propician también que el juez tome una interpretación subjetiva de la norma y se configure la facultad de decisión que tiene como autoridad judicial frente a las lagunas o vacíos que están presentes. Esto muestra como la discrecionalidad judicial no es absoluta pero tampoco es inexistente, sino que está limitada al espacio de subjetividad, sencillamente porque un caso posiblemente no tiene simplemente una única solución en términos exegéticos de ley sino que permite varias respuestas.

Consecuente con lo anterior, es necesario que se configure una relación en la aplicación del art. 230 y los presupuestos discrecionales del juez al adoptar determinada decisión frente a la solución de un caso en concreto, ya que en un contexto social como el nuestro no es concebible que la autoridad judicial base sus conclusiones en fundamentos ilógicos, desproporcionados, desequilibrados e irracionales aun cuando la norma así lo esté estipulando.

Influyen muchos factores de carácter subjetivo contenidos en el ámbito de la discrecionalidad, se debe recurrir a procesos que permitan estructurar y argumentar estas decisiones adoptando una perspectiva más allá de lo que la norma por si sola pretende, de ahí que una decisión jurídica como ya lo hemos mencionado debe ser motivada, plausible, congruente con los Derechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la

realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por aquellos que se encuentran en medio del caso, aunque no sea compartida por todos ellos, pues sin duda alguna es como una balanza en desequilibrio, por decirlo así, una parte gana y la otra necesariamente pierde.

De ahí que una decisión que resulte irrazonable o subestime los postulados de la lógica formal, contenga apreciaciones no claras respecto a los motivos para la toma de decisiones, como lo son la evasión de los hechos expuestos, la no valoración de pruebas aportadas, no observancia de las pretensiones, así como incoherencias en la misma aplicación de las normas jurídicas, no es válida dentro del campo de acción jurídico, carecería de sentido y validez.

No tendría objeto ninguno que las partes exhiban lo conveniente a su Derecho, que cada una contradiga las alegaciones de la otra parte y ofrezca pruebas para acreditar sus afirmaciones, si el Juez prescinde de todo ello y traspasando el umbral de la controversia, decide sobre la base de hechos no expuestos o pretensiones no deducidas en el proceso, aun a sabiendas que debe existir una identidad jurídica entre lo que se resuelve y lo pretendido.

Es en tanto fundamental atribuir fuerza vinculante al tema discrecional con la intención de superar así la tendencia conservadora y trascendiendo la visión general de que el Imperio de la Ley sólo hace referencia a normas escritas, generales y abstractas y sin tener en cuenta el conjunto de principios, valores o finalidades que integran sistemáticamente el ordenamiento jurídico como fin para el que fue creado.

De ahí la importancia de establecer que al aplicar la norma es inevitable que se adhiera a esta la discrecionalidad de la que gozan quienes imparten justicia, permitiéndoles divagar en el ámbito de lo propiamente racional opuesto al terreno de lo absurdo y de la necesidad, es decir, a que emitan una decisión fuera de los parámetros establecidos o lo que es igual, una decisión extraorbitante y arbitraria, aislada de toda realidad social, y así finalmente asegurar que el Estado cumpla con los fines para los cuales fue creado (Art. 2 C. P servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, Derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo) y de una u otra forma que los asociados obtengamos las garantías necesarias tanto frente a un proceso como a la decisión justa que adopten quienes tienen en sus manos la justicia colombiana.

De esta manera, el análisis de la decisión judicial a partir de su concepción como un proceso discrecional arroja los elementos conceptuales necesarios para dibujar un nuevo paradigma, que permita al justiciable conocer con mayor amplitud las razones que efectivamente tomó en cuenta el juzgador para dictar su resolución: tanto las razones que apoyan una determinada concepción del Derecho, como las razones que justifican que dicha concepción es mejor que cualquier otra. Se trata de crear un paradigma renovador del proceso jurisdiccional, que permita la transparencia y asertividad en la decisión judicial.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abbagnano, N. (1997). Diccionario de Filosofía. Bogotá. Fondo de Cultura Económica.

Aldave Herrera, H. (2008). Crítica a la deducción jurídica. [Artículo online] <http://Derechogeneral.blogspot.com/2008>

Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 66, pp. 13-64.

Arango, R. (1999). ¿Hay respuestas correctas en el Derecho?. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.

Atienza, M. (2005). El Derecho como argumentación. Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

Bernal Pulido, C. (2005). El principio de Proporcionalidad y los Derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales.

Bonorino, Pablo Raúl. (2003). Integridad, Derecho y justicia: Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencia políticas y Sociales.

Caprio, F. & Castro, L. (2003). Aspectos Filosóficos de la Motivación Judicial. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. No. 6.

Carnelutti, F. (2004). Cómo nace el Derecho. Bogotá. Editorial Temis S.A.

Carrión Wam, R. (2005). De la práctica interpretativa judicial a la teoría de la interpretación y argumentación en el derecho. Anuario de Derecho Penal 2005. Pp. 105-136.

Castan Tobeñas, J. (1947). Teoría de la Aplicación e investigación del Derecho. Madrid. Instituto Editorial Reus.

Comaducci, P. (2011). El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica. Revista de Derecho Privado. No 21. Pp 107-118.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (2015). Constitución Política Nacional de Colombia del 7 de junio de 1991. Bogotá. Leyer Editores.

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 del 17 de junio de 1992. En el proceso de acción de tutela promovido por el señor José Manuel Rodríguez Rangel contra el señor Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena y resuelto en primera instancia y única instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-425 del 26 de septiembre de 1995. En el proceso de tutela T-72178, promovido por AUGUSTO VARGAS SÁENZ contra ANAÍÍS MORENO DE ALZATE. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm>

Crombie, I. M (1979). Análisis de las doctrinas de Platón. Tomo I: El hombre y la sociedad. Madrid. Alianza Editorial.

Definicion.de. (2015). Diccionario virtual. Referencias: método inductivo <http://definicion.de/metodo-inductivo/> y método deductivo <http://definicion.de/metodo-deductivo/>:

Derrida, J. (1997). *Del Derecho a la justicia. Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid. Tecnos.

Duque Sandoval, O (2007). *Concepciones del derecho y discrecionalidad judicial*. *Criterio Jurídico* Santiago de Cali V. 7 2007 pp. 59-106.  
<http://ojs.udc.edu.co/index.php/conceptos/article/download/177/159>.

Fernández Segado, F. (1988). *Fetichisme de la loi, séparation de pouvoirs y gouvernement des juges*. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de ciencias jurídicas. México. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/12.pdf>. Pp. 187-223.

Ferrajoli, L. (2005). *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho; en Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

Gómez Gallego; J. (2002): *La prueba indiciaria y su manejo jurisprudencial: en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 28.

Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1961).

Hart, H.L.A. y Dworkin, Ronald. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores (2005).

Kägi, W.: *La Constitucion como ordenamiento jurídico fundamental*. p 119

Kelsen, H. (1997). *Teoría pura del Derecho*. México, Porrúa.

Kennedy, Duncan. (2002). Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica. Bogotá. Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores.

López Medina, D. E. (2005) Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Bogotá. Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia.

López Medina, D. E. (2006). El papel de los jueces y de la jurisprudencia en la Constitución de 1886: Apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Legis.

Meisel Lanner, R. (2006). El silogismo jurídico y la jurisprudencia constitucional. Revista Justicia. Universidad Simón Bolívar. No 11.

Pascuarelli, J. (2001). Aspectos sobre la construcción de la decisión judicial; en Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Pp. 287-299.

Poole, D. (2009). Filosofía del Derecho. Racionalismo Jurídico. VII/4. Unidad 7. [www.eticayDerecho.com/Tema7\\_Racionalismo\\_juridico.pdf](http://www.eticayDerecho.com/Tema7_Racionalismo_juridico.pdf).

Puentes Gallangos, E. (2009). Derecho y justicia. [Artículo online]. <https://cafecin.wordpress.com/2009/02/06/Derecho-y-justicia-por-enrique-puente-gallangos/>

Quintero Valencia, E. (2008). Estudio crítico del método lógico deductivo en el Derecho. [Artículo online] <http://maximogris.net/revista/?p=122>

Rawls, J. (1997). Teoría de la Justicia. México. Fondo de Cultura Económica.

Reale, M. (1997). Teoría tridimensional del Derecho. Madrid. Tecnos.

Rodríguez, C. (1997). El debate Hart – Dworkin. Bogotá. Siglo del hombre Editores Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

Sánchez Velarde, P. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima. Editorial Idemsa.

Segura Ortega, M. (2006). Sentido y límites de la discrecionalidad judicial. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces.

Stammler, R. (1930). Tratado de Filosofía del Derecho. Madrid. Editorial Reus.

Vargas Duque, M. (2013). Casos difíciles y dilemas en el derecho, Revista Conceptos, Numero 3. Cartagena. Programa de Filosofía de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad de Cartagena.