

Crítica sobre un modelo de adjudicación

Análisis de algunos presupuestos acríticos de la función judicial

El presente ensayo pretende develar en qué medida y proporción algunos de los presupuestos de la función de adjudicación constituyen presupuestos acríticos. Entiendo por adjudicación la función institucional encargada a los jueces de resolver controversias jurídicas entre dos partes en el marco de un proceso judicial, y por presupuesto acrítico, una premisa que no permite describir la realidad como es (plano fáctico) ni como debería ser (plano normativo). Es importante aclarar que el presente ensayo no constituye un análisis exhaustivo que abarque vastos campos de la teoría de la decisión judicial, ni tampoco el estudio de una muestra numerosa de casos. Este ensayo no hace parte de algo que pretenda colocarse en el lugar de una teoría general de la adjudicación; busca, sin embargo, señalar, desde el análisis de dos asuntos de tutela resueltos por la Corte Constitucional durante el año 2004, cómo la solución de los casos que llegan a conocimiento del juez no está predefinida por el “derecho”; cómo el juez no cumple una simple función de verificación de supuestos de hecho y de imputación de consecuencias, y cómo la función de adjudicación incorpora otro tipo de competencias que tampoco están claramente predefinidas por el derecho.

Repasaremos algunos de los presupuestos de la función de adjudicación, en especial:

(i) el presupuesto según el cual el derecho positivo permite siempre, a partir de sus componentes (las disposiciones normativas) la construcción de una regla en la cual está predeterminada la solución correcta de todos los casos; (ii) el presupuesto según el cual el juez en el proceso de adjudicación se limita a verificar los hechos del caso y a imputar una consecuencia jurídica, según la regla previamente identificada; (iii) el presupuesto según el cual la adjudicación se restringe a la función declarativa del derecho y no incluye otras funciones como la de velar por la intangibilidad de las posiciones jurídicamente protegidas por el “ordenamiento jurídico positivo”.

Para cumplir este propósito se presentará primero un desarrollo de los fundamentos de los presupuestos de la función de adjudicación, y de forma paralela se indicarán algunas de las fallas de estos presupuestos; con posterioridad se describirán los casos resueltos en las sentencias T-448 de 2004 (caso *Metrotel*) y T-677 de 2004 (caso *Colciencias*), con el fin de demostrar en primer lugar, por qué, al menos en estos casos fallan dichos presupuestos, y en segundo lugar, señalar por qué la función de adjudicación incorpora necesariamente el uso de consideraciones diferentes a las estrictamente jurídicas, esto es, que el juez

tiene que acudir a otro tipo de consideraciones que se encuentran en el campo más amplio de la razón práctica.

I. ALGUNOS PRESUPUESTOS DE LA ADJUDICACIÓN

Sobre los presupuestos y su relación con la dogmática jurídica

Toda definición de la función de la adjudicación reposa sobre algunos presupuestos teóricos. Estos presupuestos pueden ser normativos (jurídico positivos según el sistema) o simplemente teóricos en sentido estricto (dogmáticos). Uno de los presupuestos teóricos básicos de la función de adjudicación en nuestra cultura jurídica¹ está construido sobre la distinción entre creación y aplicación de normas jurídicas. Los jueces aplican, no crean, normas jurídicas.

Este presupuesto cumple con las características necesarias para ser considerado un típico presupuesto acrítico; en primer lugar, no describe la realidad de las cosas pero pretende, y en ocasiones logra regularla; y en segundo lugar, tiene un papel latente y no siempre manifiesto en las prácticas jurídicas de los operadores jurídicos: hace parte de la cultura jurídica e incorpora las estructuras conceptuales de jueces, abogados y profesores de derecho.

En el caso colombiano, este presupuesto básico de la función de adjudicación es tanto normativo como dogmático. Normativo, en la medida en que se encuentra consagrado en varias disposiciones constitucionales, en especial, en las contenidas en los artículos 6.º (principio de legalidad de las funciones públicas) y 230 (sistema de fuentes del orden jurídico). Dogmático, en la medida en que participa; es uno de los elementos de un modelo teórico de más amplia envergadura

y de connotaciones transnacionales: el modelo del Estado liberal.

El modelo del Estado liberal como teoría explicativa se erige sobre dos postulados básicos: la división de las funciones estatales (legislar, administrar y adjudicar) y la sujeción de los funcionarios públicos y de los ciudadanos a la ley; ambos están hoy traducidos en principios jurídicos en la mayoría de ordenamientos jurídicos en occidente: la tridivisión del poder y el principio de legalidad. De otra parte, el modelo del Estado liberal está construido sobre otro modelo del cual depende en buena medida: el del legislador racional². En este modelo se reviste al legislador de una serie de características de las que empíricamente carece en absoluto, pero que la comunidad jurídica atiende con regularidad. El legislador y sobre todo su obra, la ley y hoy también la Constitución, aparece, es vista, es tenida, se asume como clara, coherente, completa, racional, sabia, justa, etc. Este modelo, que hunde sus raíces en el iusnaturalismo revolucionario europeo del siglo XVIII, fue importado, adoptado y es seguido con una disciplina aun hoy alarmante por parte de los operadores jurídicos de los países latinoamericanos.

Nuestra cultura jurídica descansa, y de sobremanera, sobre los elementos de estos modelos teóricos. Esta situación es precisamente la que permite concretar la idea de los presupuestos de la adjudicación: están interiorizados por nuestra cultura jurídica y de tal forma hacen parte de nuestras prácticas jurídicas que no se ven, que se asumen como verdaderos; no sólo integran el aparato conceptual de jueces y abogados y hacen parte de las herramientas indispensables para la comprensión del mundo y de los fenómenos de lo jurídico, sino que, ante su incorporación al ordenamiento jurídico están llamados a regular la realidad, a ve-

ces de manera no informada, y en especial, a regular las diferentes prácticas jurídicas como en efecto ocurre con la adjudicación. Por ello considero que estos presupuestos podrían llamarse presupuestos acríticos.

II. LOS PRESUPUESTOS ACRÍTICOS DE LA ADJUDICACIÓN

Desde una perspectiva teórica (dogmática) se sostiene con cierta pretensión de acierto que la función de adjudicación encargada a los jueces consiste en aplicar el derecho. De este postulado, que hemos llamado uno de los presupuestos básicos de la función de adjudicación, derivan a su vez tres nuevos postulados que pretendo también caracterizar como presupuestos acríticos; la forma como aparecen y se relacionan estos presupuestos con el presupuesto básico, y la explicación de su poder explicativo, teórico y en ocasiones regulador constituye el objeto de este apartado.

1. La solución correcta de todo caso está predeterminada por el derecho positivo

Aparenta ser un lugar común la afirmación según la cual el ordenamiento jurídico es completo y claro: Para un universo X de situaciones fácticas existirá siempre un universo Y de soluciones jurídicas, que le sea comprensivo. La forma de sostener este presupuesto desde la teoría general del derecho varía según la perspectiva teórica³ que se asuma y las herramientas jurídicas elegidas⁴ por los ordenamientos jurídicos particulares. En general, es problemático sostener dicho postulado como verdadero. Esto se debe a tres consideraciones básicas. La primera relacionada con las indudables limitaciones del legislador (en sentido

amplio) en relación con su imposibilidad de prever para todo X en el mundo de los hechos, una solución puntual Y en el mundo del derecho. Ante la evidencia de la imposibilidad comprensiva de un sistema (finito) de reglas, dado un universo (infinito) de hechos, resulta muy difícil sostener el postulado de la completitud del derecho. La segunda consideración, está relacionada con las limitaciones propias del lenguaje; por un lado, la dimensión semántica y sintáctica de las disposiciones normativas está sometida en una buena proporción a los llamados problemas de indeterminación⁵, y de otro, la naturaleza funcional del lenguaje y la dinámica de los hechos regulados hace imposible una predeterminación absoluta de las reglas en tanto reglas aplicables y en tanto reglas claras. La tercera consideración, está relacionada con el empleo de algunas prácticas de escape recomendadas por la teoría de la legislación⁶ y que son de uso corriente en diversos ordenamientos jurídicos⁷; según una lectura optimista de estas prácticas, la autorización de un margen de maniobra interpretativo, mediante la adopción deliberada de expresiones indeterminadas, implica la formulación de reglas que, a pesar de que dejan un marco de acción considerable para el aplicador, permiten sostener la distinción entre creación y aplicación. A mi juicio, la formulación de esta idea es una forma implícita de reconocer la imposibilidad material de sostener los presupuestos de la completitud y de la claridad, a la vez que constituye una muestra explícita del poder dogmático del presupuesto de separación entre creación y aplicación del derecho: si el derecho concede amplios márgenes para la decisión, la decisión no está previamente determinada por el derecho en el sentido estricto de la expresión “determinar”, más bien está librada al desarrollo de otro tipo de competencias en el marco de la

adjudicación distintas a las de la simple aplicación.

Estas tres consideraciones bastan para sostener la incorrección del postulado. A pesar de ello, el postulado se mantiene; no obstante su falsedad, se asume como verdadero e incorpora las prácticas jurídicas. Tanto es así que es común la idea (o norma jurídica) según la cual el juez no puede abstenerse de resolver un caso pretextando oscuridad de la ley o inexistencia de regla aplicable al caso, o la idea recurrente (o derecho fundamental) de que las partes en contienda esperan (o pueden exigir) la solución definitiva de su controversia, y el juez en el proceso de adjudicación sigue sometido al imperio de la ley, y debe identificar las reglas jurídicas pertinentes y proceder a aplicarlas.

2. El juez se limita a verificar los hechos y a imputar la consecuencia jurídica de la regla aplicable previamente identificada

Un modelo de decisión que satisfaga condiciones de economía y de claridad supone suficientes ventajas para la función de adjudicación. La doble connotación de seguridad y de eficiencia son dos variables que todo modelo debe o debería tener. Este parece ser el caso del modelo kelseniano de adjudicación adoptado tiempo atrás por nuestra cultura jurídica. La famosa estructura básica de la norma, comprendida como el enlace de la norma secundaria o supuesto de hecho condicionante, y la norma primaria o consecuencia jurídica condicionada bajo la relación de imputación⁸, ofrece un concepto sumamente sencillo que prefigura un modelo de decisión judicial: el silogismo jurídico.

La fuerza explicativa de este modelo y su aplicabilidad en la mayoría de los casos so-

metidos al conocimiento de los tribunales son dos hechos que pueden explicar su importancia en el razonamiento jurídico, y por ende, en las prácticas jurídicas. No obstante, este modelo no es funcional en algunos casos sometidos al conocimiento de los jueces, sobre todo en aquellos asuntos en los que las disputas no se concentran en un problema probatorio sino en uno propiamente jurídico, es decir, cuando la disputa además incorpora diversas interpretaciones de las disposiciones jurídicas aplicables, problemas acerca de la validez o no de las disposiciones, o respecto de la aplicabilidad o no de una disposición ante una eventual antinomia, o en el caso de ausencia de disposiciones aplicables o de especiales problemas interpretativos o de indeterminación, y entonces, sea necesario esclarecer de manera previa dichos asuntos para entonces sí proceder a formular la regla o las reglas que dispondrán la solución, es decir, para entonces sí realizar la función prototípica de la adjudicación.

Si se asume un modelo de adjudicación estructurado sobre el concepto de norma ya visto, una gran parte del proceso de adjudicación necesariamente quedaría por fuera. Esta vasta zona de la función judicial que permanece en la oscuridad, parece demostrar cómo la idea de que la adjudicación es un proceso en el que el juez se limita a verificar los hechos y a imputar la consecuencia de la norma previamente identificada, se muestra como un típico presupuesto acrítico. Aquí el error de la teoría es el de la simplificación del proceso de adjudicación: es evidente que en muchos casos, el juez debe desplegar actividades diferentes a la descrita por el modelo de la estructura básica de la norma. El juez debe comportarse de otra forma, debe incluir otros argumentos en ese proceso, debe preparar el campo para la decisión definitiva. No obs-

tante, se tiene, se asume así, y en ocasiones así se exige por los seguidores del modelo, que el juez deba limitarse a verificar los hechos y a declarar la imputación de la consecuencia de la norma previamente identificada.

Este escollo parece solucionarse con la aceptación de otro modelo de decisión judicial: el de la ponderación. El modelo propuesto y trabajado con profundidad por el profesor ROBERT ALEXY, parte del presupuesto de la existencia de una colisión entre normas jurídicas que tengan la estructura de principios, y se opone al modelo de decisión del silogismo jurídico en la medida en que este último supone la aplicación de normas jurídicas que tengan la estructura de reglas. Es en cierta concepción de la norma jurídica, en donde dicho modelo finca su poder explicativo y su aplicabilidad institucional. Por otra parte, este método pretende ofrecer criterios de racionalidad bajo la formulación y aplicación de ciertas reglas en el marco del proceso judicial (reglas del discurso) y la aplicación de ciertos “sub-principios” que integran el llamado juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para la resolución de las controversias jurídicas. En este modelo las reglas de idoneidad y de necesidad permiten incorporar a la decisión judicial juicios sobre los hechos del caso, mientras que las reglas de proporcionalidad en estricto sentido, lo hacen respecto de las normas jurídicas aplicables⁹.

La función de adjudicación bajo la aplicación del modelo de la ponderación supone la colisión de normas jurídicas con estructura de principio y termina siempre en la identificación de una norma jurídica que permite resolver el conflicto. Esta norma jurídica, que el juez construye en función

de los hechos del caso, se denomina regla “adscrita”, y es susceptible de ser encuadrada en los marcos semánticos del principio prevaleciente una vez se ha realizado el ejercicio de ponderación. Gracias a la identificación de esta regla adscrita, el juez resuelve el caso concreto mediante la aplicación del método del silogismo jurídico.

El proceso argumentativo que debe seguir el juez para la identificación de la regla adscrita supone un contraste permanente entre los principios enfrentados en la colisión y la aplicación de la conocida “fórmula del peso”¹⁰. No obstante, el modelo de la ponderación no es funcional al momento de resolver controversias jurídicas que no supongan una colisión entre normas jurídicas que tengan la estructura de los principios. En este sentido, si asumimos un modelo de adjudicación bajo el requisito de la existencia de una colisión entre principios, varios de los problemas que enfrentan los jueces al resolver problemas jurídicos no podrían siquiera ser explicados, como ocurre en los casos de violaciones sistemáticas de varios derechos fundamentales, o en los casos en los que aun sin existir colisión entre principios es necesario proteger el ámbito de algún derecho fundamental. Esta otra zona de la función judicial que permanece aun sin abordar, demuestra también que la idea de que la adjudicación es un proceso en el que el juez se limita a resolver la colisión entre diferentes principios y a identificar la o las reglas adscritas que permitan su solución, se muestra como un presupuesto acrítico.

Al parecer el error de ambos modelos sería el de la simplificación del proceso de adjudicación (en el caso de la subsunción) y el de la pretensión comprensiva de dicho proceso (en el caso de la ponderación), sin que ello sea o pueda ser efectivamente de este modo en la práctica judicial.

3. *La función de adjudicación se restringe a la función declarativa*

En los procesos de adjudicación el juez decide por lo general¹¹ sobre dos clases de asuntos: el primero, relacionado con la existencia de pretensiones alrededor de derechos, derechos subjetivos si se quiere; y el segundo, relacionado con la presentación de una acusación o la formulación de cargos alrededor de una presunta responsabilidad en las causas sancionatorias. El punto está definido por los diferentes roles que juegan las partes en estos asuntos y sobre todo, por el tipo de pretensiones, de argumentos y de pruebas que suelen presentarse. De esta manera, las partes deberán invocar las disposiciones jurídicas que hacen poderosos sus argumentos y sus pruebas pertinentes; una simple exigencia sólo puede distinguirse de una pretensión jurídica en la medida en que la última está soportada en disposiciones jurídicas; asimismo, una simple queja o un reproche se distingue de una acusación en la medida en que la última está jurídicamente justificada, está fundada en ciertas y determinadas disposiciones jurídicas¹². En esta medida, sin hacer honor a trabajos analíticos más profundos, la existencia de una pretensión jurídica implicará la existencia al menos teórica de un derecho, y de un derecho subjetivo; correlativamente será necesario verificar la existencia de un deber jurídico. Se supone, en el modelo básico planteado, que las partes en conflicto están precisamente debatiendo la existencia o no de la relación jurídica respectiva, la existencia de uno o más derechos y la de su o sus deberes correlativos por un lado, y la medida y contenido de dicho o dichos derechos y de tal o cuales deberes, por otro. Es decir, discuten acerca de la determinación de un objeto. Así mismo, en las causas sancionatorias, el juez siempre enfrenta una alternativa: la de la existencia o no de la

respectiva responsabilidad. Independientemente de su medida y proporción, la función del juez está determinada en una de dos vías posibles: el procesado será culpable o inocente.

Este modelo básico de la decisión judicial supone que la función del proceso de adjudicación sea básicamente declarativa, es decir, que en ella el juez se limita a declarar la existencia o no del derecho, o la existencia o no de la responsabilidad. Esta afirmación es correcta, pero sólo parcialmente. En la mayoría de los casos la decisión sobre cuestiones de derechos y de responsabilidad termina con una decisión declarativa; no obstante, en algunas otras, el juez, por las circunstancias del caso, por la naturaleza de las pretensiones y defensas presentadas durante la litis, o por la existencia de una competencia expresa para ello, debe resolver sobre asuntos que se encuentran más allá de la simple función declarativa, debe tomar medidas para restablecer el derecho, adoptar decisiones compensatorias, tomar medidas para evitar amenazas o daños futuros, adoptar decisiones enderezadas a modificar situaciones estructurales anómalas, o en readecuar la forma en que se ejecutan políticas públicas o se desarrollan conductas sociales generalizadas. La amplia gama de alternativas que incorpora la función de adjudicación en diversas situaciones demuestra cómo la idea restrictiva que concibe la adjudicación como un proceso enderezado a, o que finaliza con una decisión declarativa, es insostenible. Sin embargo, la concepción dogmática de la función de adjudicación así lo señala. Sin duda nos encontramos frente a otro de los aquí llamados presupuestos acrílicos: el juez se limita a declarar el derecho, a aplicarlo según las disposiciones del legislador racional, no le asiste ni le debe asistir una función distinta; cualquier separación del modelo es

entonces vista como una falla del sistema (un irrespeto al modelo) que es necesario corregir, y que al ser “incontrolable”, debe ser evitada a toda costa.

4. Algunas conclusiones no acríticas

El modelo de adjudicación que revisamos está sostenido por el postulado básico de la separación entre las funciones de creación y aplicación del derecho. A su vez, la aplicación del derecho se ve como un proceso en el que el legislador racional ofrece una obra clara, sin contradicciones y completa que el juez se limita a identificar y para lo cual no requiere de mayores esfuerzos. En estas circunstancias el juez está en condiciones de resolver todos los casos con el material jurídico de que dispone en el ordenamiento jurídico, su función se restringe a verificar los hechos alegados por las partes, a imputar la consecuencia jurídica señalada por las normas previamente identificadas (ya sea mediante la subsunción o mediante la ponderación) y a declarar el derecho alternativamente, ya sea concediendo las pretensiones o negándolas, o defiriendo o no responsabilidad, según sea el caso.

El propósito de describir el anterior modelo de adjudicación está justificado por su fuerza dogmática, no por su capacidad descriptiva. Hasta ahora, se han señalado algunas de las razones por las cuales los postulados de un modelo semejante no se compadecen en muchos de los casos con la realidad de los procesos de adjudicación; también es cierto que en algunos casos, a veces la mayoría, los elementos del modelo parecen dar cuenta más o menos cabal de dicho proceso. En esta zona de frontera, donde no se pueden hacer afirmaciones categóricas, es en donde el señalamiento de dichos elementos como presupuestos acríticos de las prácticas jurídicas cobra

mayor importancia; desvelarlos como tales es también uno de los propósitos del presente ensayo.

En efecto, en esta “zona de frontera” no se acepta –porque constituye un desafío a las estructuras conceptuales de la mayoría de los operadores jurídicos– que, primero, el juez enfrenta problemas para identificar reglas con claridad, y que para ello sea necesario algo más que la simple atención al discurso de las fuentes jurídicas; segundo, el juez debe acometer diversas tareas además de la verificación de los hechos y de la imputación de consecuencias, para lo cual no basta tampoco con las herramientas que el discurso de las fuentes, la dogmática jurídica o la metajurisprudencia le puedan ofrecer; y que por último, el juez deba en algunos casos extender su actuación a funciones diversas a la de declarar el derecho, como cuando debe entrar a determinar la medida y oportunidad de la restitución, la reparación o la protección de los derechos o de las situaciones jurídicas que previamente declaró, sin que nuevamente para ello no sea suficiente con las alternativas que el orden jurídico le brinda y, que por ende, deba entrar a considerar circunstancias de oportunidad, conveniencia y eficiencia. Es decir que el juez deba, en últimas, recurrir a argumentos extrajurídicos en las circundantes llanuras de la razón práctica.

Como consecuencia de lo anterior, resulta indispensable: primero, reparar en la construcción del modelo y sobre todo en las implicaciones y el rol que juega en los discursos jurídicos de los participantes del sistema. En este sentido es necesario hacer manifiesto lo que está latente en las prácticas jurídicas y en los modelos conceptuales con los que trabajan los operadores jurídicos. Y segundo, señalar los aciertos y las fallas explicativas que están en la base del modelo de adjudicación revisado, reducir

hasta eliminar la función simplificadora que parece llamado a cumplir, y finalmente tratar de aceptar, aun por sobre el modelo mismo, que el proceso de adjudicación es algo diferente, más rico y más complejo. Esta conclusión busca insistir en la necesidad de un análisis más juicioso y exhaustivo del modelo de adjudicación, una construcción más funcional, que en su afán explicativo logre una mayor comprensión del fenómeno y que finalmente permita mayor claridad conceptual.

III. DESCRIPCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Los dos casos que se describirán a continuación tienen entre varias características comunes, una especial: en ambos, los jueces de tutela, y por último, la Corte Constitucional se pronunciaron sobre la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la ejecución de contratos. En ambos casos las entidades demandadas son autoridades estatales, a pesar de que la naturaleza de los contratos analizados son típicos contratos de derecho privado.

En el primero de los casos, Colciencias, un establecimiento público del orden nacional, decide declarar el incumplimiento de las obligaciones de uno de sus becarios; en el segundo, Metrotel, una empresa de servicios públicos domiciliarios, incumple una de sus obligaciones contractuales durante la ejecución del contrato de línea telefónica. En el siguiente apartado se intentarán describir los elementos más relevantes de los casos, las particularidades de los hechos y las consideraciones jurídicas de los jueces constitucionales. De manera paralela se indicarán algunas fallas del modelo de adjudicación revisado y se pondrá de presente la insuficiencia de los presupuestos acrílicos.

1. EL CASO COLCIENCIAS (SENTENCIA T-677 DE 2004)

El contrato, los hechos y la posición de los jueces de instancia

En el año de 1996, una estudiante obtuvo una beca-crédito de Colciencias con el propósito de realizar un doctorado en biología en Europa, gracias al aval del Instituto Von Humboldt. Como parte de los trámites exigidos celebró un contrato de crédito educativo; entre las obligaciones de la becaria se indicaron: culminar exitosamente los estudios, regresar al país y trabajar para la entidad que la presentó o para otra aprobada por Colciencias por el mismo término de duración de la beca, entre otras. Como causal de terminación unilateral se previó el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones adquiridas. El valor total de las obligaciones de la becaria ascendía a 96.000 dólares americanos. Así mismo, en los términos del contrato se establecieron algunas reglas de condonación de dicha obligación: del 50 % si se cumplían los siguientes requisitos: culminación exitosa de los estudios, retornó al país y vinculación efectiva con una institución del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología por un tiempo igual a la duración de los estudios; y del 50 % restante, si el becario cumplía los siguientes requisitos: publicación de artículos en revistas indexadas, desarrollo de proyectos de investigación, vinculación con grupos de investigación internacionales y obtención de distinciones o premios académicos en el exterior. Para ello se pactó un término de gracia de un año con posterioridad a la finalización de los estudios en el exterior.

En el año 2000, la estudiante culminó sus estudios de doctorado y regresó al país. No obstante, no pudo vincularse al Instituto Von

Humboldt, entidad que la presentó, ni tampoco logró vincularse al Sistema de Ciencia y Tecnología, a pesar de varios esfuerzos en este sentido. Durante el año de gracia otorgado para demostrar las actividades requeridas para hacer efectiva la condonación adelantó proyectos de investigación con una universidad irlandesa y durante los dos años siguientes realizó estudios de posdoctorado, gracias a una beca ofrecida por el Instituto Max Planck. Durante este periodo de tiempo desplegó una importante actividad científica, que incluyó publicaciones en revistas científicas indexadas, el fortalecimiento de los vínculos académicos con la comunidad científica internacional y la ejecución de un proyecto de divulgación científica infantil en Colombia, entre otros. Finalizados sus estudios de posdoctorado regresó de nuevo al país.

En junio de 2003 el Comité de Capacitación de Colciencias estudió el caso de la estudiante y decidió que el hecho de no haberse vinculado con una entidad del Sistema de Ciencia y Tecnología una vez culminados sus estudios constituía causal de incumplimiento de las obligaciones contractuales con Colciencias; por tanto, se perdía todo derecho de condonación y se hacía exigible la obligación. En su comunicación, el Comité indicó a la estudiante los plazos perentorios para la cancelación de la deuda. Después de alegar infructuosamente tanto las difíciles circunstancias para el cumplimiento de las obligaciones consignadas en el crédito educativo, como la satisfacción de los demás requisitos para activar el derecho a la condonación, la estudiante interpuso demanda de tutela contra Colciencias solicitando la protección de su derecho al debido proceso administrativo.

Los jueces de instancia decidieron negar el amparo solicitado. Consideraron que, en primer lugar, no se presentó vulneración del

derecho al debido proceso, en la medida en que la estudiante fue oída y se le ofreció la oportunidad de aportar pruebas, y en segundo lugar, que la acción de tutela resultaba improcedente para debatir asuntos contractuales, dada la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

Un intermedio moderado.

La presencia de la postura acrítica

Una solución del presente asunto según el modelo sencillo de la adjudicación que se revisó en el apartado anterior es perfectamente posible. En primer lugar se verifica una regla clara: la de la procedencia de la acción de tutela (art. 4.º Dcto. 2591 de 1991) o la extraída del objeto de la acción de tutela: la protección de los derechos fundamentales ante su amenaza o vulneración (art. 86 de la Constitución); si existe otro mecanismo de defensa judicial, el juez deberá declarar improcedente la acción de tutela; si no se verifica la vulneración de un derecho fundamental, el juez deberá negar el amparo. En segundo lugar, el juez identifica algunos hechos y les imputa la consecuencia jurídica: como existe otro mecanismo de defensa judicial (la acción ordinaria o la acción contenciosa), entonces la acción de tutela es improcedente; como no se presenta una vulneración del debido proceso, pues la estudiante fue escuchada y tuvo la oportunidad de presentar pruebas, el amparo deberá ser negado. En tercer lugar, el juez se limita a declarar: la acción de tutela es improcedente; no hay lugar a amparo ante la ausencia de vulneración. En fin, la pretensión no prospera y basta.

Estas soluciones son perfectamente posibles en este tipo de asuntos, es más, son, entre las alternativas existentes del modelo ofrecido, decisiones correctas. Esto es, desde la perspectiva del modelo de los presupuestos

acríticos antes señalado. No obstante, esta postura simplifica en exceso los elementos normativos y fácticos de dicho asunto. En esta medida, hay muchas particularidades del caso que definitivamente se pierden con un seguimiento fiel del modelo. Veamos en contra, como adjudica la Corte.

*Consideraciones de la Corte.
Superación del modelo de adjudicación
con presupuestos acrílicos*

El proceso de adjudicación que sigue la Corte es sin duda un proceso mucho más complejo y más variado que el del modelo simple que hemos analizado hasta ahora. No obstante, elementos de ese modelo con sus debidas adecuaciones y matices resultan visibles en la decisión de la Corte. De ninguna manera es posible adjudicar, sin identificar reglas, sin verificar hechos y sin hacer declaraciones. Lo que sí es distinto es el desarrollo de la tarea misma de identificar las reglas aplicables, de seleccionar cuáles disposiciones normativas harán parte del discurso, cómo se integran y se determinan las reglas del caso, cómo se definen y se distinguen opciones normativas, por qué se eligen unas y se desechan otras, y entonces sí, solo después de eso, cómo se adelanta el proceso de verificación de los hechos, de imputación de consecuencias, y de declaración de derechos (justificación externa y justificación interna de la decisión judicial).

La estructura de la decisión en el caso *Colciencias* fue la siguiente: en primer lugar, la Corte desechó la idea de la improcedencia de la acción de tutela, bajo el argumento de la existencia de una presunta vulneración de derechos fundamentales y de la existencia de una discusión de rango constitucional relacionada con el mandato constitucional de fomento a la ciencia y tecnología (arts. 70 y 71 de la Constitución). En segundo

lugar, desarrolló el contenido de estos mandatos constitucionales y su relación con el derecho fundamental a la educación (art. 67 de la Constitución) y con la vigencia de un orden social pluralista e inclusivo (arts. 1.º y 11 de la Constitución). En tercer lugar, incorporó un argumento que podría llamarse de “contexto social”, en la medida en que se relacionan elementos de la política pública nacional en educación y los sistemas educativos, con el fenómeno de la globalización y la universalización del conocimiento científico. En cuarto lugar, incorporó un argumento de contexto normativo funcional al señalar la relación existente entre las competencias legales y reglamentarias de Colciencias (entidad demandada y parte contractual) y el mandato constitucional de fomento a la ciencia y la tecnología, en especial las relacionadas con la formación de capital humano en el exterior (Dcto. 2934 de 1994 en lo relacionado con la División de internacionalización de la ciencia), la política pública sobre becarios, la existencia de la llamada Red Caldas, y la relación de estas competencias con la globalización y la diáspora científica, como fenómenos sociales manifiestos y relevantes para el caso. En quinto lugar, abordó el tema relacionado con la política pública en materia de envío y retorno de becarios, los elementos de dicha política, la naturaleza y términos de los contratos, el origen de los recursos, etc.; en este punto la Corte invoca el llamado principio de reciprocidad en la materia: la importancia de la política pública de becarios en el exterior, y el deber de estos últimos de retribuir al país la preparación científica obtenida. En sexto lugar, la Corte aborda el tema relacionado con la política pública en materia de incorporación y vinculación de becarios, y señala que no existe una política concreta que facilite las condiciones necesarias para la debida incorporación de los

becarios al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para ello indica tres problemas: (i) la crisis económica de las entidades de investigación del país ligada a la reducción de sus presupuestos, y en general del presupuesto público destinado para tales fines con todos los problemas que esto apareja, desde la imposibilidad de adelantar proyectos de investigación, hasta la de vincular personal calificado, o de remunerarlo por debajo de sus capacidades, etc.; (ii) la desarticulación entre el sector académico y el sector productivo; y (iii) la insuficiencia de los sistemas de información sobre la oferta y demanda de personal calificado entre las entidades del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología; la Corte llega a estas tres conclusiones con base en el documento Conpes 3080 de 2000 titulado “Política Nacional de Ciencia y Tecnología 2000-2002”. En séptimo lugar, la Corte abordó el tema del debido proceso administrativo (art. 29 de la Constitución), indicando que, en materia contractual, el debido proceso administrativo incluye que las actuaciones contractuales deban responder al interés general en el marco del cumplimiento de los fines estatales (art. 2.º de la Constitución), sobre todo al momento de hacer uso de las cláusulas exorbitantes, como la de terminación unilateral de contrato; situación predicable en abstracto frente a la ejecución y terminación unilateral de los contratos de crédito educativos celebrados por Colciencias; y por último, la Corte indica que la definición de un eventual incumplimiento no puede operar de manera objetiva, sin atender las particularidades de cada caso y sin analizar si se han realizado o no los fines constitucionales en relación con ciencia y tecnología (arts. 70 y 71 de la Constitución).

La decisión del caso concreto

Para decidir el caso, después de la prepara-

ción del contexto, la Corte centró su atención en el contenido del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Esta situación pone de presente la dificultad del modelo que presentamos en los acápites (I y II), ya que no existen términos de referencia claros y precisos sobre el contenido de dicho derecho. El conjunto de conductas permitidas y prohibidas por la expresión normativa “debido proceso” no está determinado por la Constitución. Este problema, tenido como un problema estructural del lenguaje natural en que se expresan las disposiciones jurídicas, implica que el juez deba desplegar otro tipo de conductas, necesariamente por fuera de los presupuestos acrílicos del modelo revisado. Que el juez deba en últimas interpretar, esto es, determinar para el caso lo que está prohibido o permitido según su entendido de las disposiciones normativas.

En este sentido el presente caso es ilustrativo. La Corte consideró que el contenido del debido proceso administrativo incluía tres prohibiciones que fueron desconocidas por Colciencias y que fundamentaron la orden de amparo: la ausencia de valoración de las circunstancias particulares que rodearon el incumplimiento, la ausencia de valoración sobre las actividades científicas desplegadas por la estudiante tenidos como requisitos para obtener el 50 % de la condonación de la deuda, y la falta de proporcionalidad de la medida, al no corresponder con el objeto de las becas crédito, es decir, la no satisfacción del interés constitucional relacionado con el fomento a la ciencia.

La definición de estas tres prohibiciones “atribuidas” o “extraídas” de la disposición constitucional del debido proceso administrativo consagrado en el artículo 29 de la Constitución, está precedido por una especial labor interpretativa del juez constitucional. Esta labor no sólo no se circunscribe a

los términos del lenguaje de las fuentes, de por sí insuficiente, sino que consulta dos tipos de consideraciones que parecen no cuadrar en el modelo que revisamos: una que podríamos llamar contextual, de derecho en contexto si se quiere, o funcional, respecto de las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean al caso; en especial todo aquello relacionado con la dinámica de la política pública en la materia, las circunstancias sociales en las que aplica, el fenómeno de la globalización y las dificultades del sector científico en nuestro país. Situaciones que van a incidir en la forma como el juez constitucional considera que deben interpretarse las obligaciones contractuales y por ende cómo deben ser adelantadas las competencias de la entidad contratante. Y la segunda, que podríamos llamar consecuencialista, o de definición de deberes por consecuencias, en la medida en que se considera que dichas consecuencias han sido reguladas o predeterminadas en un cierto sentido por la Constitución o que su realización incorpora un problema constitucional; es decir, se considera necesario tener en cuenta cuál es la finalidad constitucional de la política pública en materia de becas de crédito, y se impone de una o de otra manera el deber de consultar la forma de realizar dicha finalidad del mejor modo posible, al momento de adelantar cualquier conducta contractual y en especial la de la terminación unilateral de este tipo de contratos de crédito educativo.

En efecto, el juez incorpora a su decisión, y en ellas fundamenta la vulneración de un derecho fundamental (el elemento clave de la regla) dos consideraciones extrajurídicas: el contexto en el que se adelanta la ejecución de las obligaciones contractuales (la globalización, la integración científica, las dificultades para la vinculación laboral de la estudiante, etc.) y los efectos de la decisión de terminación unilateral (la desvin-

culación absoluta de la becaria y el favorecimiento de la fuga de cerebros). La primera consideración está orientada a la protección de la situación particular de la estudiante poniendo el acento en la obligación de valorar las circunstancias y los motivos que llevan al incumplimiento y no sólo el dato del incumplimiento; la segunda consideración está orientada a proteger el interés constitucional que representa la política pública en materia de generación de conocimiento científico y de inversión en capital humano. Una interpretación ligera de los términos del contrato puede llevar a la paradoja de hacer totalmente ineficaz la política pública en la materia. Para la Corte, la importancia del cumplimiento del contrato parece estar no solamente en su contenido económico, sino sobre todo en la presencia activa de los becarios en el concierto científico nacional. El contrato se interpreta en función de una política pública protegida constitucionalmente, no en relación con el alcance de las obligaciones según su tenor literal, y en esta definición no juegan solamente argumentos normativos.

La forma de protección del derecho. Más allá de la función declarativa

En el presente caso la Corte declaró la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la estudiante y decretó el amparo; no obstante, la parte resolutive no se limitó a la función declarativa; fue necesario dictar algunas órdenes para la protección del derecho: la orden a Colciencias de volver a evaluar la situación de la becaria respecto de la procedencia o no de la condonación del crédito, y la orden al ICFES de suspender las acciones de cobro del crédito. En este punto cabría preguntarse: ¿Por qué el juez adopta estas órdenes? ¿Bajo qué reglas las adopta? ¿A qué parámetros res-

ponden? ¿Qué tipo de consideraciones las justifican? ¿Por qué adopta estas órdenes y no otras? Estas cuestiones no están predefinidas por reglas específicas, ni existe una normatividad que guíe la función de protección de los derechos, y el juez tampoco dispone de parámetros dogmáticos para ello. Esta función del juez, la de ordenar ciertas cosas con miras a proteger los derechos previa declaración sobre su vulneración o amenaza, parece, según nuestro sistema jurídico, bastarse a sí misma, y estar predefinida por algún entendido no explícito de la función de adjudicación. No hay un cuerpo normativo consolidado del cual se pueda servir el juez para ello, no obstante la existencia de algunas disposiciones normativas en las que dicha función se fundamenta.

Una primera aproximación a las reglas sobre la función de protección de los derechos fundamentales por parte del juez, y en especial del juez constitucional, es aquella que, por un lado, le ordena disponer lo necesario para volver las cosas al estado anterior en el caso de la vulneración, y por el otro, le ordena disponer la realización de las conductas necesarias para que cesen las causas que la originan en el caso de la hipótesis de amenaza. Estas reglas sobre la función de protección judicial dejan ver la dimensión de la complejidad frente a la inmensa cantidad de alternativas posibles contempladas en sus marcos semánticos. No es factible prever reglas fijas para la cantidad de alternativas que puede presentar el desenvolvimiento de los hechos y el análisis de las circunstancias implicadas en los juicios declarativos de vulneración o de amenaza de derechos. El juez entonces deberá, en atención misma a la naturaleza de su función, y según las particularidades del caso y sólo según éstas, proveer la protección de los derechos. En estos eventos, las órdenes por tomar no están predetermi-

nadas por las disposiciones jurídicas; el juez se ve obligado a emplear otro tipo de consideraciones, de razones, de argumentos.

En este punto, parece necesario un estudio detallado, un análisis sobre este tipo de consideraciones, un escrutinio sobre su lugar en la función de adjudicación, sus justificaciones, sus relaciones con el discurso de las fuentes jurídicas y, sobre todo, acerca de su naturaleza. Esta necesidad declarada señala al menos dos aspectos importantes: por un lado, que el modelo de adjudicación que revisamos en los apartados I y II, al limitar la actividad judicial a la función declarativa, no da cuenta de este tipo de consideraciones, no las atiende siquiera, figuran como inexistentes; lo cual se compadece plenamente con su calidad de presupuesto acríptico. Y por otro lado, que el modelo de adjudicación sobre el que trabajan los jueces, y en este caso, la Corte Constitucional, al incluir la función de protección, debe echar mano, en algunos casos, de consideraciones diferentes a las extraídas del discurso de las fuentes jurídicas, debe acudir a juicios de oportunidad, de posibilidad, de necesidad, de efectividad y de eficiencia. En últimas, el juez se ve obligado a encontrar una fórmula que permita la protección del derecho que esté justificada o que sea justificable y para ello debe emplear argumentos extraídos del más amplio campo de la razón práctica. Estas consideraciones sobre la actividad de adjudicación se ponen de manifiesto en el otro de los casos reseñados. Veamos.

2. EL CASO *METROTEL* (SENTENCIA T-448 DE 2004)

El contrato, los hechos, decisiones de los jueces de instancia

Durante la ejecución de un contrato de línea telefónica, la usuaria titular de la línea

solicitó a la empresa Metrotel, empresa prestadora de servicios públicos de naturaleza pública, el cambio del servicio a la modalidad “privado”. El objetivo de la usuaria era el de eliminar la posibilidad de que sus datos personales (nombre, número telefónico, dirección) fueran publicados en las bases de datos del directorio telefónico local; esta facultad estaba reconocida tanto en los decretos reglamentarios (Resol. 3962 de 1989 que regula el tipo de servicio privado) como en la Constitución Política (al integrar el ámbito de protección del derecho fundamental a la autodeterminación informativa del art. 15 de la Constitución); así mismo, no existía para el caso duda alguna sobre el deber de la empresa Metrotel, de no hacer públicos, por ningún medio, los datos personales de la usuaria que así lo había solicitado. Meses después, los datos personales de la usuaria aparecieron publicados en el directorio telefónico local. Esta circunstancia desencadenó situaciones incómodas para ella y su familia, entre las que se contaron algunas amenazas contra su vida y el haberse visto forzados a abandonar el país. La judicialización de la controversia se provocó en la jurisdicción constitucional mediante la interposición de una demanda de tutela; los actores (usuarios de la línea telefónica) alegaban la vulneración de sus derechos a la intimidad y a la vida, y solicitaron como mecanismos para la protección de sus derechos, previa declaración de amparo: (i) que se ordenara a la empresa Metrotel y a la distribuidora de los directorios telefónicos la recolección absoluta de los mismos con el propósito de destruir la página en que aparecían publicados sus datos personales, y (ii) que se condenara a Metrotel al pago de una cuantiosa suma de dinero por concepto de indemnización de perjuicios.

Los jueces de instancia negaron el amparo. El primero de ellos bajo el argumento de la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que el caso incorporaba una controversia típicamente contractual y la parte demandante pretendía la indemnización de los perjuicios supuestamente sufridos con ocasión de la conducta de su contraparte. El segundo de ellos, bajo el argumento de la improcedencia de la acción de tutela por haberse presentado para el caso un daño consumado, en los términos del artículo 6.º del Decreto 2591 de 1991; según el juez, Metrotel si vulneró los derechos fundamentales de la usuaria, no obstante, por la naturaleza del caso y en especial por la publicación de los datos personales y la imposibilidad de recoger los directorios para salvaguardar el anonimato de los actores, cualquier orden de amparo sería inane, lo que implicaba que se tratara de un daño consumado.

*Consideraciones de la Corte.
Inexistencia de problemas para
la identificación de las reglas
y la adecuación de los hechos*

En el presente asunto la Corte no encontró mayores problemas al momento de definir el contenido de la regla, ni para definir la adecuación de los hechos. Esta circunstancia permite resaltar algo que es importante en la crítica de los modelos de adjudicación y en el tipo de consideraciones que el juez realiza en la práctica: que es muy probable que en la mayoría de los casos sometidos a conocimiento de los jueces no se presente dificultad al momento de identificar la regla y de valorar los hechos. En el cuerpo del fallo es claro el hecho del incumplimiento del deber contractual de no publicar los datos

personales de la usuaria demandante; tanto es así, que incluso Metrotel aceptó que la publicación se produjo por un error suyo. De otra parte, la traducción de ese incumplimiento contractual en un asunto constitucional no era tan evidente, no obstante, el juez de segunda instancia y la Corte consideraron que la conducta que implicó el incumplimiento contractual encuadraba también en la vulneración de derechos fundamentales. En este punto tampoco existió mayor discusión sobre si la publicación no autorizada de datos personales constituía una violación a una prohibición constitucional con fundamento en el artículo 15 de la Constitución, pues era y es claro que la publicación de datos personales contra la solicitud expresa del titular constituye una violación del derecho fundamental a la autodeterminación afirmativa. En este sentido, ni la identificación de la regla ni la adecuación de los hechos ofrecían problema.

El punto de la procedibilidad de la acción en relación con un supuesto daño consumado fue resuelto por la Corte mediante un argumento por distinción: la imposibilidad de una de las órdenes eventuales para la protección del derecho no implicaba la existencia de un daño consumado que hiciera improcedente la tutela. En efecto, la recolección de todos los directorios era no sólo imposible sino inútil, pero eso no implicaba que no existiera otra forma posible para la protección del derecho. En este punto, se resalta la importancia de distinguir dos momentos de la adjudicación: el de la declaración de la vulneración y el de la orden de protección, sobre todo por la necesidad de entender la función de protección bajo un presupuesto diferente, bajo la idea de que el juez está en la obligación de buscar y de encontrar una orden que además de proteger el ámbito del derecho vulnerado o amenazado pueda ser justificable.

El caso y la función de protección como nuevo elemento del modelo de adjudicación

La Corte acoge la mayoría de las consideraciones del juez de segunda instancia, corrige la decisión en el sentido de la inexistencia de un daño consumado, concede el amparo y finalmente diseña una orden para la protección del derecho sobre cuya vulneración no existía debate. ¿Cuál fue entonces la orden de la Corte? ¿Qué sucedió con las pretensiones de los demandantes? ¿Bajo que parámetros la Corte diseñó la orden de protección? ¿Qué tipo de consideraciones fueron adoptadas en este caso? La Corte consideró que la forma de proteger el derecho a la autodeterminación informativa era ordenando a Metrotel cubrir los gastos de una eventual mudanza de los actores. Esta decisión es a primera vista completamente heterodoxa. No existía una regla en el orden jurídico que dispusiese que ante la publicación de ciertos datos personales no publicables el infractor debiese cubrir los gastos de una eventual mudanza.

En primer lugar, se puede afirmar que en este asunto el juez construye para el caso la orden de protección. Podrían señalarse varias consideraciones que concurren explícita e implícitamente a ello: en primer lugar, la Corte considera que el derecho a la autodeterminación informativa protegía la situación de anonimato de los actores en el contexto del caso (publicación de información sobre dirección y teléfono como datos personales que favorecía la realización de amenazas); el anonimato, en efecto, integra el ámbito de protección del derecho a la autodeterminación informativa; la protección del anonimato puede darse de varias maneras y en especial mediante la no publicación de información que permita ubicar a las personas. Sin embargo, la situación cambia en hipótesis de di-

vulgación; en estas circunstancias deben ser analizadas las eventuales condiciones para que la suspensión de la divulgación permita el anonimato. En el caso *Metrotel*, una de las alternativas (planteada por los actores) era la recolección y destrucción de la edición entera del directorio telefónico local. Ahora bien, una orden en este sentido sería en primer lugar ineficaz, pues no lograría su propósito: aunque se recogiera la totalidad de la edición, nada podría reversar su publicación y el conocimiento de la información por parte de terceros y de posibles agresores; en segundo lugar, sería ineficiente, pues el costo de la recolección de los directorios no se compadece con el eventual beneficio alcanzado; y en tercer lugar, sería improbable, pues la recolección de todos los directorios por el tamaño de la edición y el campo de su distribución, la hacían impracticable. Estos razonamientos están de alguna manera implícitos en la decisión de la Corte en la medida en que desecha la opción de la recolección de los directorios; entonces, ¿qué es lo que permite a la Corte llegar a la orden de protección final? ¿Cómo o por qué se justifica la orden de cubrir los gastos de una mudanza?

Tres consideraciones están presentes en la orden de protección del derecho a la autodeterminación informativa en el caso *Metrotel*: una, determinada por la funcionalidad del derecho: ¿En últimas qué protege el derecho? ¿Cuál es su ámbito de protección? La Corte considera que lo que la autodeterminación informativa protege en el contexto del caso es la situación de anonimato como situación que desarrolla un ámbito de libertad especial de manera concreta. Esta consideración no se deduce lógicamente de la disposición normativa, no se trata de un contenido explícito en el texto de la Constitución o en el de la ley; es un ámbito de protección que se identifica según

los hechos del caso, y que el juez definitivamente construye. La segunda consideración está determinada por la naturaleza de la responsabilidad constitucional; en este sentido: ¿Qué órdenes puede dar el juez de tutela? ¿Puede ordenar el pago de sumas de dinero? La responsabilidad constitucional no está inspirada por una racionalidad compensatoria; salvo casos excepcionales en los que se han reconocido condenas en abstracto, las órdenes del juez de tutela implican por lo general obligaciones de hacer, y en esta sede, la vulneración o amenaza de derechos fundamentales no sirve como título para declarar el surgimiento de obligaciones patrimoniales. En consecuencia la Corte debe reconocer y si se quiere diseñar, como en efecto lo hace, una obligación de hacer que guarde relación con el ámbito de protección del derecho y que tenga la función de proteger efectivamente ese ámbito. El juez debe crear una obligación que sea eficaz para proteger el derecho interpretado en su contexto, es decir, que permita proteger el anonimato sin que para ello se ordene el pago de una suma de dinero. Una tercera consideración tiene que ver con la naturaleza de la orden: ¿Qué características debe tener la orden? ¿En qué medida debe estar justificada? ¿Bajo qué parámetros debe adoptarse? La Corte en esta ocasión hace un análisis que parece elemental, esto es, indaga por alguna medida que pueda proteger eficazmente el derecho y pueda proteger el anonimato. Al lado de una consideración de eficacia, sin embargo, también existen consideraciones de eficiencia: la Corte considera la opción más eficiente entre las varias alternativas legalmente posibles, esto es, alguna opción que aparezca como la menos costosa en términos de inversión de recursos y a la vez la más eficaz en materia de protección, bajo una especie de racionalidad paretiana. Esta regla

tampoco aparece explícitamente, pero en este caso viaja de manera implícita e incorpora el modelo de adjudicación sobre el que descansa la decisión judicial.

CONCLUSIONES

Frente al presupuesto según el cual el juez no crea sino que aplica el derecho existente es necesario desvelar todo su contenido acrítico. Por un lado, no se niega la afirmación según la cual los jueces aplican el derecho en la mayoría de las ocasiones en las que resuelven controversias jurídicas. Sin embargo, en algunas situaciones, el juez crea nuevas reglas jurídicas. Para ello el juez se vale de consideraciones de razón práctica de diversa índole. Esta situación está predeterminada por la naturaleza del lenguaje y por la falta de completitud del derecho como hechos estructurales. Negarlos es negar la realidad en que opera la función de adjudicación y, a pesar de todo, defenderlos será mantener su validez como parte de un cuerpo dogmático que presenta fallas que aquí se buscó hacer evidentes.

La función de identificación de las reglas aplicables al caso no es siempre una tarea fácil de cumplir. Por lo general, no se presentan problemas al respecto; sin embargo, en casos excepcionales, debido a problemas en la indeterminación del lenguaje o de ausencia de disposiciones claramente aplicables, el juez debe desplegar una función constructiva. El juez de una u otra manera construye reglas y para ello se vale de consideraciones de diverso orden, algunas derivadas del material jurídico disponible y otras de contenido extrajurídico. Estas últimas dependerán del contexto funcional del caso, los hechos que lo determinan y las circunstancias sociales donde aplica. En estos casos es perfectamente posible, y en algunos casos

deseable, que el juez adopte argumentos que obedecen a lo que podría llamarse el contexto funcional del derecho, que concretan una cierta concepción de justicia que aparece desvelada durante el diagnóstico del problema, que recoja algo de las inquietudes consecuencialistas, o que incluya valoraciones asociadas a la eficiencia o a la conveniencia, que usualmente guardan relación con argumentos económicos.

Todo modelo de adjudicación presupone que el juez debe identificar reglas, valorar hechos y declarar responsabilidad. A estas funciones básicas de la adjudicación deberá añadirse la de la función de protección de los derechos. En esta función de protección el juez debe construir una regla que satisfaga ciertos criterios no explícitos en el modelo de adjudicación ni en el discurso de las fuentes; en estos casos el juez debe identificar el ámbito de protección concreto del derecho, tener en cuenta la naturaleza de la responsabilidad que declara y crear una regla que satisfaga exigencias de eficacia, eficiencia, factibilidad, oportunidad y conveniencia. Estas exigencias no son siempre concurrentes y pueden ceder en lugar de otras; una dogmática general al respecto no existe y constituye tarea de indagaciones posteriores.

JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia

1. Este presupuesto no está presente en todas las culturas jurídicas ni tampoco en todas las teorías jurídicas. Por ejemplo, en el periodo clásico del derecho romano, era perfectamente posible que el pretor incluyera por sí mismo nuevas decisiones para los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de estar sometido a “normas superiores” e incluso de manera paralela o en contra de las acciones y fórmulas señaladas en su “albo pretorio”. Así mismo, una distinción de este orden no se encuentra en la doctrina jurídica positivista del llamado realismo jurídico norteamericano, la cual por el

contrario tiene como tesis básica la confusión entre las funciones supuestamente diferenciadas de creación y aplicación del derecho. Los realistas describen el derecho bajo el presupuesto de la confusión entre estas dos funciones, según la célebre frase de O. W. HOLMES «lo que los jueces efectivamente harán en las causas sometidas a su conocimiento, y nada más pretensioso es lo que entiendo por derecho». O. W. HOLMES. "The path of law". *Harvard Law Review* 10 (1897) pp. 457-78.

2. Sobre una explicación de este modelo como un producto de la dogmática jurídica, y sobre el significado de esta última, véase: CARLOS SANTIAGO NIÑO. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1989.

3. En este sentido pienso en el concepto de derecho de RONALD DWORKIN como un sistema de reglas y principios, así por ejemplo en "The model of rules". *University of Chicago Law Review* 35 (1967) pp. 631-72, y el lugar de la pretensión de la única respuesta correcta como una idea regulativa, en "Hard cases" *Harvard Law Review* 88 (1975) pp. 1057-109.

4. En este sentido pienso en los conocidos métodos de auto y heterointegración del derecho: las normas de remisión, los argumentos por analogía, la disponibilidad de criterios auxiliares de la actividad judicial, etc.

5. A pesar de todo, el de HART, es un clásico. Véase el magistral capítulo VII de *El Concepto de Derecho* en la traducción de GENARO CARRIÓ. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.

6. Sobre esta idea véase WROBLEWSKY, en su artículo publicado en *El lenguaje de los derechos: homenaje a Genaro Carrió*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1974. Aunque aquí yo disiento de la tesis del autor que insiste, a pesar de reconocer estas «prácticas de escape», en mantener una diferencia clara entre aplicación y creación del derecho.

7. Piénsese por ejemplo en las disposiciones de derechos fundamentales en las que se garantiza la libertad, la igualdad o el debido proceso. O también en materia penal, piénsese sobre las condiciones de aplicabilidad del principio de la "necesidad de pena", o en materia civil, piénsese sobre la determinación del principio de la buena fe negocial. Un caso paradigmático es el de la Corte Suprema norteamericana, en relación con los contenidos y alcance de la v y XIV enmiendas, que consagran el llamado *due process of law*. En "aplicación" de esta disposición, la Corte Suprema mantuvo durante más de 25 años la doctrina económica del *laissez faire*, mediante la declaración de inconstitucionalidad de diversas le-

yes estatales expedidas para la protección de los derechos de los trabajadores, en lo que se conoce como la era LOCHNER. Con esta misma disposición la Corte Suprema, desde el año 1973, ha garantizado la libertad de las mujeres de optar por la práctica de aborto. Sin duda es difícil sostener que con este tipo de cláusulas el legislador (o el constituyente) predetermine el contenido de lo permitido y de lo prohibido.

8. Sobre este concepto la literatura es vastísima, así por ejemplo *La teoría general de las normas*, de HANS KELSEN publicada en 1979, o incluso en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, publicada en 1964, del mismo autor.

9. Según ROBERT ALEXY, «The principles of suitability and necessity concerns optimization relative to what is factually possible. They thereby express the idea of PARETO-optimality. The third subprinciple, the principle of proportionality in its narrow sense, concerns optimization relative to the legal possibilities. The legal possibilities are essentially defined by competing principles. Balancing consists in nothing other than optimization relative to competing principles» («Los principios de idoneidad y de necesidad refieren a las posibilidades de tomar la mejor opción en relación con lo que resulte fácticamente posible. Podría decirse que los mismos expresan la idea del óptimo de PARETO. El tercero de los subprincipios, el de proporcionalidad en sentido estricto, refiere a la posibilidad de la mejor opción en relación con lo jurídicamente posible. Lo que sea jurídicamente posible está definido por las principios que juegan en contra. La ponderación consiste en tomar la mejor opción según el valor o el peso de los principios enfrentados»). Así en "Discourse theory and fundamental rights", en *Fundamental rights through discourse*. Oslo: Arena, 2004.

10. Sobre una descripción de la llamada "fórmula del peso" y las funciones que la misma cumple en relación con la pretendida racionalidad del modelo de la ponderación, véase el artículo de CARLOS BERNAL titulado "On Alexy's weight formula". En: *Fundamental Rights through discourse*, cit.

11. Excluyo en este contexto los casos de la llamada justicia abstracta, en la cual el juez no decide una controversia entre dos o más partes, sino que se limita a resolver problemas puramente normativos como en el control de legalidad de los actos administrativos de carácter general (contencioso de simple nulidad) o en el control de constitucionalidad de las leyes (control de constitucionalidad) en el caso del ordenamiento jurídico colombiano.

12. La tesis de estas dos opciones, entendidas como el ámbito propio de la adjudicación es defendida por LON FULLER, en su artículo “The forms and limits of adjudication”, *Harvard Law Review* 366 (1978). Según este autor, «The proper province of adjudication is to make an authoritative determination of questions raised

by claims of right and accusations of guilt». («El objeto propio de la función de adjudicar es la de realizar una declaración con autoridad sobre asuntos elevados al conocimiento del juez ya sea sobre asuntos relacionados con pretensiones jurídicas o con imputaciones de culpabilidad»).

